

TENAS ALÓS, Miguel Ángel
Director: CALVO GARCÍA, Manuel
Máster en Sociología de las Políticas Públicas y Sociales
Junio 2012

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

Índice.

Introducción.	4
I. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.	6
I.1. Condiciones generales de la contratación	11
I.2. Origen y legislación	14
II. Cláusulas contractuales abusivas en las hipotecas.	20
II.1. Cláusulas contractuales abusivas en la compraventa de viviendas.	21
II.2. Cláusulas contractuales abusivas en los contratos celebrados con entidades financieras.	24
II.3. Garantía hipotecaria y acciones de clase.	26
II.4. Cláusulas contractuales abusivas en las hipotecas.	28
II.4.1. La polémica de las llamadas cláusulas suelo.	30
II.4.2. Cláusulas SWAP.	33
II.4.3. Los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca.	35
II.4.4. Los seguros vinculados a los préstamos hipotecarios.	39
II.4.5. La actual polémica de la dación en pago.	40
III. Prácticas y perspectivas sobre las cláusulas contractuales abusivas en las hipotecas. Resultados de la investigación.	44
IV. Conclusiones.	54
V. Referencias bibliográficas.	57
Anexo I. Metodología y entrevistas realizadas.	60
Anexo II. Siglas empleadas	64

Introducción.

En la situación de crisis económica que vivimos actualmente, las hipotecas se han convertido en un enorme problema para los consumidores. Las políticas de protección a los mismos resultan fundamentales en todos los sectores, pero todavía más en un producto, la vivienda, que todo el mundo necesita y que resulta de los más problemáticos. Por sus especiales características, esta política de protección enlaza directamente por tanto con las hipotecas. Éste va a ser el marco en el que se va a centrar el trabajo, sobre los aspectos concretos de las mismas.

Como consecuencia, en este trabajo se ha buscado poner en relación dos de los sectores que mayor complejidad ofrecen a los consumidores, como son la contratación bancaria y el sector inmobiliario, pues son dos de los tres que mayores quejas reciben cada año. Para ello, se ha optado por analizar los préstamos de garantía hipotecaria, -más conocidos como hipotecas-, desde el punto de vista de las cláusulas contractuales abusivas.

Veremos en primer lugar el concepto de cláusula abusiva como tal y la legislación aplicable a la materia, hablando brevemente de los preceptos más importantes. Igualmente, se explicarán las consecuencias derivadas de la declaración o no de una cláusula como abusiva; pues son los propios consumidores los que deben conocer cómo actuar y defender sus intereses. Uno de los objetivos primordiales, en los primeros compases de este trabajo, consiste en demostrar que una cláusula abusiva puede darse en cualquier campo de la contratación, y que nadie está a salvo de ellas, en algunas ocasiones siendo incluso sin darse cuenta de quien la padece.

Después, la segunda parte de este trabajo buscará centrarse en materia hipotecaria de modo específico. Al tratarse de uno de los campos donde mayor abuso contra el consumidor se produce, podemos encontrar la existencia de diversas controversias en materia de cláusulas abusivas¹. La intención pasa por explicar cuáles son las cláusulas abusivas más habituales de este tipo de contrato, o aquellas que en su momento fueron consideradas potencialmente como tales pero después se declaró por parte de los juzgados que eran legales. Además de ello, se prestará especial importancia a la situación de cada una de ellas, para saber si ya son plenamente legales o dedidamente abusivas, o si todavía no hay pronunciamiento judicial definitivo en relación a la cláusula en cuestión.

Además de todo ello, también se pretende realizar un trabajo exploratorio para conocer cómo viven la situación los compradores recientes de vivienda y si ellos sufren o creen sufrir alguna

¹ Como la reciente polémica existente en referencia a las llamadas cláusulas suelo, y que serán objeto de estudio en próximas páginas de este trabajo.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

cláusula de este tipo en sus contratos. En los momentos actuales, sumidos en plena crisis económica, el gran reto al que se enfrentan las familias es al hecho de poder adquirir una vivienda -si no la poseen ya-, y conseguir ahorrar; dos cuestiones que pueden pasar de reto a pesadilla si se encuentran con contratos que comprimen sus derechos. La propia Constitución Española, en su artículo 47², recoge el derecho a una vivienda digna y la posibilidad de regulación del suelo para evitar la especulación. Ahora bien, la cuestión estriba en ver si los propios consumidores se han planteado realmente estos puntos y si están satisfechos con la hipoteca firmada y, tanto si la respuesta es afirmativa como negativa, conocer el motivo de dicha convicción. Para ello, se han realizado entrevistas a compradores recientes, pero también a profesionales que se dedican a trabajar en entidades financieras y a otros cuyo perfil es distinto y consiste en defender los derechos de los consumidores; todo ello sin olvidar el sector doctrinal, para así poder contemplar todos los puntos de vista y establecer de dónde venimos en esta materia, dónde nos encontramos y cuál es el camino que parece que seguiremos. Si bien los datos extraídos de las trece entrevistas realizadas son más amplios que los mostrados finalmente en el trabajo, -por razones obvias de espacio-, pueden servir de punto de partida para un estudio en mayor profundidad de este sector en el futuro.

A la hora de plantear este trabajo, los objetivos perseguidos buscan comprobar si los consumidores y usuarios están bien informados o no de las condiciones contractuales que firman en sus hipotecas, lo cual puede dar origen con relativa facilidad a que sean víctimas de condiciones de carácter abusivo, incluso sin darse cuenta en muchos casos. Además de lo anterior, también se pretende comprobar si los consumidores y usuarios son conscientes del concepto de cláusula abusiva, pues sin lugar a dudas es el primer paso para poder después hacer algo al respecto.

2 Art. 47CE: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

I. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.

Desde que las antiguas civilizaciones descubrieron el arte del trueque para conseguir más y mejores productos, hasta el actual concepto del comercio, han cambiado múltiples y variadas cosas. Pero, por muchas diferencias que existan, el concepto básico sigue siendo el mismo, se comercie del modo que sea -cosa por cosa antaño; cosa por dinero en la actualidad-. Lo que la gente quiere es tener lo que desea, ostentarlo bajo su poder y, preferiblemente, que de paso sirva para distinguirlo tanto de su vecino como del resto de los mortales.

En un primer momento, sólo podía adquirirse aquello cuya producción tenía lugar en la misma aldea. Después, los comerciantes de tierras próximas comenzaron a llegar a los diversos territorios, para ser más tarde civilizaciones más lejanas las que apareciesen por recónditos lugares para ejercer su profesión. En la Edad Media, las ferias eran habituales y toda una fiesta, pero el comercio siguió evolucionando. Fue la época industrial la que trajo consigo la mayor revolución con la fabricación en serie, hito que permitiría, entre otras cosas, pasar del carruaje de caballos al más moderno automóvil³. Dicho modo de producción fue copiado por muchas compañías, y permitió que pronto los recursos y productos disponibles aumentasen considerablemente. Pero, al fin y a la postre, uno sólo podía adquirir aquello que se encontraba en su ciudad o tiendas más próximas.

Una nueva revolución llegaría para cambiar eso; la globalización. Con productos hechos cada vez más para durar lo justo y necesario⁴, para conseguir así mantener su demanda, los mercados se quedaron pequeños de todos modos. Había que llegar a más lugares, incluso sin tener presencia física en el país donde se quería vender. Ello ha permitido a muchas empresas crecer, entre ellas a varias de origen aragonés, pero también ha dado lugar a una mayor inseguridad jurídica. Como se señala en un artículo al respecto⁵: “Para que el comercio electrónico despegue, es necesario que el consumidor final esté seguro que quien está detrás de una página Web de comercio electrónico es quien dice ser, y que además tenga la garantía absoluta que sus datos personales y financieros, serán tratados de forma adecuada, garantizando su confidencialidad”.

3 Fue Henry FORD, ([1863-1947], Estados Unidos) quien, para producir su exitoso Ford Model T, instauró la fabricación en serie en el mundo del automóvil, convirtiéndose en todo un pionero y obteniendo un éxito instantáneo.

4 Para indagar más en la cuestión, se recomienda el documental de DANNORITZER, Cosima: “*Obsolescencia programa: comprar, tirar, comprar*”. Producido por Article Z y Media 3.14, en el año 2011.

5 CAÑIZARES SALES, Ricardo, “*La seguridad en el comercio electrónico*”; revista A+, número 7, febrero 2007, pp. 90-91.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

Todo esto nos permite adquirir productos de lo más variados, pero ha obligado a las autoridades a tomar medidas para intentar garantizar en la medida de lo posible los derechos de los consumidores. Como consecuencia, ha nacido el denominado Derecho de Consumo, que ostenta cada vez mayor fuerza e importancia. La finalidad de este nuevo tipo de Derecho estriba en proteger al consumidor ante los distintos problemas por los que puede verse afectado en sus intercambios con las empresas, intentando así paliar la desigualdad de fuerza existente entre una posición y otra.

Llevar a cabo un trabajo relativo a esta cuestión, y abordarlo en profundidad tal y como se merece, es una tarea hercúlea y que sería merecedora de toda una tesis doctoral. Es por ello que aquí sólo pueden otorgarse tenues pinceladas que permitan hacerse una idea del contexto general en el cual se mueve esta materia.

En primer lugar, hay que destacar que, si bien habitualmente la gente tiene la impresión de que una cláusula contractual abusiva implica una grave lesión económica para el usuario, esto no tiene por qué ser así. Por esto mismo, cuando se habla del tema, muchos consumidores que no tienen aproximación alguna al mundo jurídico, - e incluso algunos otros que sí la tienen en mayor o menor medida-, consideran que se trata de una figura que difícilmente se da en la práctica y que es algo que tiene muy poca aplicación en la vida real. En definitiva, que es algo que a ellos no les va a ocurrir jamás. No obstante, nadie está a salvo de esta figura; y es que no es suficiente con leer la letra pequeña de los contratos –que ya de por sí puede constituir un serio problema en algunos casos por su tamaño⁶-, ni tampoco basta con consultar alguna legislación básica de la materia concreta sobre la que vamos a contratar. Hay que advertir que este tipo de cláusulas no se dan sólo en los grandes contratos ni siempre suponen un enorme perjuicio, sino que pueden darse en cualquier contrato, y no únicamente en la compraventa de viviendas⁷ o el sector bancario⁸, por más que vayan

6 Desde el año 2003 se estableció un tamaño mínimo para la temida letra pequeña de los contratos, fijado en 2'5 milímetros para los contratos de aseguradoras, bancos y cajas de ahorro, siendo Cataluña pionera en esta medida.

7 Entre otras sentencias por cláusulas abusivas que se comentarán más adelante en este trabajo, podemos destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 24-06-02, respecto a modificación del uso destinado a zonas comunes; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21-09-01, respecto de una ampliación unilateral de la constructora de la urbanización que implicó que uno de los compradores viese modificadas las vistas de su casa, pasando de tener visión directa al mar a tener otro bloque de viviendas similares a la suya.

8 Hay que destacar que, últimamente, y debido a denuncias de Asociaciones de Consumidores, la declaración de cláusulas abusivas en los contratos firmados en este sector llegan a *gran escala*. Basten dos ejemplos; el Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid resolvió en septiembre de 2003 una sentencia donde declaraba cláusulas abusivas diez de las denunciadas por la OCU -de un total de diecisiete que se pidió-, mientras que tras el recurso, resuelto por la sección 13 de la Audiencia Provincial de Madrid, se mantuvo la declaración de abusividad en ocho de ellas. En una Sentencia más reciente, de 08-09-11, el Juzgado Mercantil número 9 de Madrid declaraba como abusivas otras 22 cláusulas contractuales, en este caso todas ellas pertenecientes a la entidad BBVA (12 de las

a ser el objeto principal de este trabajo.

Los dos sectores sobre los que versa este trabajo son dos de los más problemáticos, pero no los únicos con una alta incidencia de cláusulas abusivas⁹. A nadie se le escapa el hecho de que el sector de la telefonía e Internet es otro de los *sospechosos habituales* en este tipo de prácticas. Por supuesto, también existen ya pronunciamientos judiciales al respecto de todo tipo¹⁰, y otros que se encuentran todavía en trámites¹¹; pero unos contratos que siempre muestran problemas son los de exigencia de un tiempo mínimo de permanencia¹².

Por seguir incidiendo en el tema, y demostrar la tesis sostenida al principio, -el hecho de que una cláusula contractual abusiva puede sufrirla cualquiera-, tampoco podemos pasar por alto otro de los sectores donde más abusos parecen darse sobre los consumidores en la actualidad; el sector de la aviación. De un tiempo a esta parte, y más todavía con el florecimiento de las compañías de vuelo de bajo coste, los abusos hacia los consumidores parecen haberse configurado como una de las lacras de este sector, pudiendo encontrarnos con problemas de todos los tipos a este respecto. Así, en materia de cláusulas abusivas, fue famoso un controvertido caso que afectó a la compañía Ryanair el pasado año. El asunto en cuestión hacía referencia a la imposición por parte de la compañía de una tasa de 40 euros a los pasajeros que acudiesen a embarcar sin el billete impreso, dato que aparecía en letra pequeña al adquirir el mismo. En un primer momento, dicha cláusula fue declarada como abusiva, mientras que posteriormente, en recurso interpuesto contra dicha

cláusulas) y Banco Popular (las otras 10).

También pueden, no obstante, darse a título particular estas denuncias, como por ejemplo la Sentencia 6/2011 del Juzgado Mercantil número 1 de León, donde la reclamación versaba sobre las populares cláusulas suelo -que serán objeto de un análisis posterior en este mismo trabajo-.

- 9 De hecho, según el *Balance de consultas y reclamaciones presentadas en las Organizaciones de Consumidores de ámbito nacional*, en el 2009, el sector que mayores quejas recibió fue el de la telefonía, superando las 200.000 reclamaciones, seguido de los servicios financieros, -apenas superaban las 140.000-, y la vivienda en propiedad, -algo más de 80.000 quejas-. Fuente: www.consumo-inc.gob.es/informes/reclamaciones.htm. Consultado el 15-03-12.
- 10 Como ejemplo, la Sentencia de la Audiencia de Barcelona de 19-02-2004, relativa al tiempo mínimo de permanencia al contratar una nueva línea telefónica; claro que en el asunto en cuestión existían más condicionantes, como el hecho del robo del anterior terminal y que se obligase al usuario a adquirir una nueva línea para poder adquirir otro teléfono móvil. Esto no ocurre sólo en España. Podemos tomar como ejemplo el caso chileno, donde Sernac (Servicio Nacional del Consumidor), catalogó a mediados de 2011 las cláusulas de telecomunicaciones, resultando de su estudio que el 35% de las mismas podían ser consideradas como abusivas.
- 11 El 17-02-10, el Ayuntamiento de Palma de Mallorca anunció la denuncia por su parte a varias compañías de telefonía móvil en virtud de ciertas cláusulas que consideraban de carácter abusivo. Al momento de la interposición de la demanda, el tiempo estimado de resolución de la controversia se estimó en dos años, pero todavía no existe solución al mismo, a pesar de haber expirado el plazo de dicha previsión inicial en el instante de escribir estas líneas.
- 12 No es algo específicamente tratado en la legislación española, que se limita a establecer que sólo puede exigirse un período de permanencia adecuado, sin llegar a definirlo. La posible solución se encuentra dada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en relación al expediente RO 2006/422 (las compañías Vodafone y Movistar fijaron en 18 meses el compromiso de permanencia si se recibía un teléfono móvil subvencionado, fijando en 150 euros la penalización por abandonar la compañía antes del período de tiempo estipulado).

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

sentencia, fue declarada lícita¹³. Uno de los argumentos que se esgrimió en esa segunda sentencia fue el hecho de los gastos de impresión de los billetes, que resultó fundamental para declarar la licitud de dicha condición del contrato, junto al hecho de que estaba especificado en la letra pequeña del mismo. Esto se resolvió así a pesar de que la mayoría de los mortales no lee la letra pequeña de un contrato, puesto que *“no es racional preocuparse del contenido de esas cláusulas”*¹⁴, según algunos expertos. Y como bien sigue diciendo ALFARO, aunque dichas cláusulas se lean y no gusten, en muchas ocasiones no existe nada alternativo.

Si bien dentro de las compañías aéreas fue el caso más controvertido, - tanto por cobertura mediática como por el hecho de que se modificó la decisión de una sentencia a otra -, ni mucho menos ha sido el único caso. Así, también Spanair vio cómo se le declaraba nula por abusiva alguna de sus condiciones contractuales¹⁵. Igualmente, se consideró abusiva la declaración de exoneración de responsabilidad por retrasos en el vuelo¹⁶, así como la obligación que imponía una compañía a todos sus pasajeros, - incluidos los menores de 14 años -, de disponer del Documento Nacional de Identidad. Evidentemente, el problema estribaba en que, legalmente, los menores de entre 0 y 14 años de edad no tienen obligación alguna de tener dicho documento. El Programa Nacional de Seguridad de la Aviación Civil establece cuáles son los documentos válidos para identificarse¹⁷.

Pero no sólo existen cláusulas abusivas en los viajes aéreos, también en los terrestres. El mismo recargo de emisión de billete de Spanair existe en algunas compañías de autobuses que permiten sacar el billete por Internet, -la diferencia estriba en que es de menor cuantía, y en el hecho

13 Sentencia del 10-01-11, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona. Se declaró cláusula abusiva porque se entendía que no existía posibilidad alguna de negociación y que se trataba de un abuso de la compañía, puesto que repercutía un gasto excesivo sobre los consumidores.

Posteriormente se conoció la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de octubre de 2011, en recurso interpuesto contra la anterior sentencia de 10-01-11, por la compañía aérea Ryanair. Se declaró lícito el cobro de los 40 euros por los gastos que conllevaba la impresión de los billetes. Tema tratado en el artículo de Lyczkowska, Karolina; *“La estipulación por la cual el pasajero tiene que pagar 40 euros por la impresión de la tarjeta de embarque en el mostrador del aeropuerto no es una cláusula abusiva”*; en Centro de Estudios de Consumo (CESCO).

14 ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús; *“El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas”*, en *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, 2010, Barcelona, Tirant lo Blanch, pp. 219-240.

15 Sentencia del Tribunal Supremo de 12-12-11, referente a un recargo por emisión del billete en el momento de la compra que sumaba un total de 13 euros. Para dicha resolución, el tribunal argumentó que se encontraban ante “una cláusula predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes contratantes siendo la otra un consumidor”, y que “el ejercicio de la autonomía de voluntad está sometido a límites que pueden alcanzar a los elementos esenciales del contrato, como resulta del propio artículo 1255 CC”. A día de hoy, dicha sentencia está recurrida por la compañía.

16 Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6ª, número 547/2003, de 31 de octubre.

17 LYCZKOWSKA, Karolina. *“Documentos admitidos a efectos de la identificación del pasajero de avión”*, Centro de Estudios de Consumo (CESCO).

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

de que para la mayoría de usuarios resulta menos costoso ir a la estación de autobuses y adquirir el billete en mano y no por vía electrónica que el hecho de ir a hacer lo propio al aeropuerto-. Y, por supuesto, no se libran de este concepto las compañías de alquiler de vehículos¹⁸.

Por si con la información facilitada hasta el momento todavía hay quien piense que no le pueden afectar las cláusulas abusivas, conviene añadir que también se dan en las compañías de seguros, - de hecho, existen numerosos casos, como el hecho de la cobertura de robo, que tiende a excluir el hurto¹⁹; o el hecho de condicionar la renovación o cuantía de un seguro de automóvil al número de partes anuales de un conductor, independientemente de la culpa o no-.

Como últimos datos a esta breve introducción del tema de las cláusulas abusivas, baste exponer dos sentencias de materias muy diversas pero que también tienen una incidencia directa en la vida cotidiana de todas las personas y que, nuevamente, pueden afectar en un momento u otro de su vida a cualquier ciudadano. El simple hecho de un contrato de mantenimiento en la comunidad de vecinos también puede dar lugar a una cláusula de este tipo, como puede recogerse de ciertas sentencias²⁰.

Finalmente, también podemos encontrar cláusulas abusivas en algo mucho más simple de lo que nos parece, y mucha gente las habrá sufrido sin ser consciente de ello. ¿Quién no ha comprado alguna vez una prenda de ropa que haya tenido después que devolver por el motivo que fuera? Pues bien, lo habitual en estos casos, en muchas tiendas, es ofrecer al cliente un vale con el precio de la prenda para que lo gaste en el mismo establecimiento, en algunos casos incluso especificando un límite temporal de validez para dicho vale. Dicha práctica se considera abusiva, como se estableció por pronunciamiento judicial, dado que la devolución debe ser en dinero, y no en especie²¹, -

18 Según estudio de inspección y control a estas compañías realizado por el Ayuntamiento de Madrid, que vio la luz en enero de 2012 y que fue realizado entre julio y septiembre de 2011, todos los establecimientos de alquiler de vehículos existentes en la capital -un total de 52-, presentaban alguna irregularidad, siendo la más habitual la existencia de cláusulas contractuales de carácter abusivo, que representaban el 72'5% del total de irregularidades. Puede también observarse la Consulta número 4 del año 2011 del Instituto Nacional de Consumo, "*Informe sobre la posible calificación como cláusulas abusivas de determinadas cláusulas utilizadas en la actividad comercial de alquiler de vehículos*".

19 MARCO COS, José Manuel; "*Seguro contra robo y exclusión de hurto; una cláusula (y una práctica) abusiva*", en *Actualidad jurídica Aranzadi*, número 592, 2003, pp. 1-5. En dicho artículo, el autor defiende la tesis de la abusividad de una cláusula que se ha convertido en una práctica habitual.

20 Por ejemplo, la Sentencia número 598/1998 de la Audiencia Provincial de Burgos, de 16 de noviembre, por el hecho de tener una duración demasiado larga y dotar al profesional de la renovación tácita del contrato al final del mismo.

21 Sentencia de 09-10-08, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona. Interpuesta contra un establecimiento que facilitó un vale a una consumidora, después de que la mujer hubiera adquirido un primer producto que devolvió y realizar después una segunda compra por un importe 59 euros inferior al original. El juez entendió que debía devolverse el importe restante en metálico, y que no podía además estipularse una fecha de caducidad en un vale de compra, dado que el dinero es un bien imperecedero. Sobre este mismo tema, puede consultarse el artículo de

siguiendo la Ley del Comercio Minorista de 1996 -.

Muchas personas no han llegado siquiera a plantearse que esto puedan ser cláusulas abusivas y que estén lesionando sus derechos como consumidores, y algunos de los que se lo han planteado terminan llegando a la conclusión de que no merece la pena por tan poca cuantía económica entrar en un pleito. Por eso mismo, el desarrollo del Derecho de Consumo, - que será considerado rama independiente, o perteneciente al Derecho Civil, según el autor al que sigamos -, ha permitido que un consumidor no tenga por qué ir en solitario. Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios han aflorado para tratar de solventar estos problemas y aconsejar, al mismo tiempo que hemos visto cómo se ha implantado un sistema de arbitraje para resolver muchas disputas y evitar así acudir a un más largo y costoso proceso judicial.

Como ya hemos podido observar en esta introducción, hay otros muchos campos donde las cláusulas abusivas constituyen un problema también importante, casi podríamos asegurar que no existe campo alguno del comercio que se libre de ellas. Podríamos mencionar varios sectores más que no han sido nombrados en las líneas precedentes, tales como la regulación de los aparcamientos de pago²², los viajes combinados, la contratación laboral y tantos otros²³.

La compra de una vivienda es el mayor gasto en la vida de una familia de clase media, y conseguir ahorrar se ha convertido en todo un reto para las familias españolas; máxime cuando se ha comprobado que en la actualidad la redistribución de la riqueza ha empeorado con respecto a años anteriores. Son, por todo ello, dos materias que deben ostentar una especial atención.

I.1. Condiciones generales de la contratación.

En la actualidad, las condiciones generales de la contratación en nuestro país están reguladas por la Ley 7/1998, de 13 de abril; siendo su principal objeto, como nos indica la Exposición de

LYCZKOWSKA, Karolina; *“Ticket de devolución no canjeable en rebajas”*, en Centro de Estudios de Consumo (CESCO).

22 Actualmente, ya se tarifica por fracciones de hora en los aparcamientos, pero hasta hace poco tiempo dicha opción no existía, y debían pagarse franjas horarias completas. Al hilo de esto, cabe destacar el artículo de CARRASCO PERERA, Ángel y MENDOZA LOSANA, Ana I.; *“El carácter abusivo de la fórmula “hora o fracción” en los contratos de aparcamiento”*, Centro de Estudios de Consumo (CESCO). También puede consultarte al hilo de esto el artículo de GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen, *“Contrato de aparcamiento de vehículos: informe sobre el carácter abusivo de la cláusula que impone al usuario el pago del día completo en caso de pérdida de ticket”*, Centro de Estudios de Consumo (CESCO).

23 A título de ejemplo, el artículo de DEL ESTAL SASTRE, Ricardo, *“Estudio sobre la posible abusividad de determinadas cláusulas de limitación de responsabilidad en los contratos celebrados por los consumidores con establecimientos prestadores del servicio de revelado fotográfico”*, partía de un caso real en el cual un cliente reclamaba a una tienda fotográfica por la pérdida de un carrete que les había entregado para su revelado.

Motivos de la misma, la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación.

La primera duda que se plantea al respecto es a qué nos estamos refiriendo exactamente cuando hablamos de una condición general de la contratación. De nuevo, es la propia Ley 7/1998 la que viene a darnos la definición en su Exposición de Motivos: “Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva”. Es decir, que como podemos inferir de esta primera aproximación, el hecho de no haber sido negociada por las partes no implica que una cláusula tenga la consideración de abusiva²⁴. De hecho, en muchas ocasiones se habla de que este tipo de cláusulas son impuestas por quien redactó el contrato, mientras que el consumidor se limita a adherirse al mismo. Son, igualmente, cláusulas que están en una amplia variedad de contratos, -sobre todo en las denominadas contrataciones en masa-, como puede ocurrir ser en servicios tales como la electricidad, el agua o la telefonía.

Si bien se ha señalado que son habituales en la mayoría de contratos, hay que destacar también que hay algunos contratos que, por su materia, están excluidos de esta normativa²⁵. Encontramos cinco tipos de los mismos, que sólo mencionaremos. Dichos contratos son los administrativos, los de trabajo, los sucesorios, los de constitución de sociedades y los que regulan relaciones familiares.

Si bien se distingue entre contratos escritos y no escritos²⁶ en referencia a esta clase de condiciones, nos centraremos en los del primer tipo por ser los más habituales. Así, para que la normativa de este tipo de condiciones sea aplicable, deben cumplirse una serie de requisitos, tales

24 De hecho, como señala FABRA VALLE, Germán, en “*Manual práctico de contratos civiles*”, Edisofer S.L., Madrid, 1999, *Condiciones Generales de la contratación*, pp. 90-100, la no incorporación en contrato de determinadas condiciones generales también puede implicar la nulidad del contrato.

25 OLEO BANET, Fernando, defiende que, precisamente por el fundamento de su singular configuración y especialidad, desde una perspectiva sistemática el artículo 4, que es el que habla de estas exclusiones, resulta incluso superfluo en buena medida. “*Comentarios al artículo 4*”; en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp 230-234. Además, conviene reseñar que BADENAS CARPIO, Juan Manuel, explica que este listado de exclusiones objetivas ya existían, en primer lugar, no en la Directiva europea, sino antes en la Ley alemana sobre condiciones generales de la contratación. “*Disposiciones generales*”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 111-128, párrafo 8.

26 DURANY PICH, Salvador, para conocer los requisitos de aquellos contratos no formalizados por escrito en referencia a las condiciones generales. “*Los requisitos de inclusión en los contratos orales (art. 5.3): el supuesto de hecho: la no obligatoriedad de formalización por escrito y la entrega del resguardo*”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 292-294.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

como la aceptación del adherente, la firma de todos los contratantes y una referencia expresa a dichas condiciones generales que formen parte del contrato²⁷. Conviene señalar que, si existen condiciones generales previstas de modo expreso para el tipo de contrato frente al que nos encontremos, prevalecerán éstas últimas sobre las primeras, a no ser que las otras sean más beneficiosas para el adherente²⁸.

Es decir, y por simplificar, se actuará siempre en este aspecto primando el beneficio del adherente²⁹.

Por supuesto, existen límites para estas condiciones (de hecho, de sobrepasarlos nos iremos de modo directo a las cláusulas abusivas). Como límites a este aspecto encontramos el hecho de que, aquellas condiciones que el adherente no haya tenido la oportunidad de conocer o no hayan sido firmadas, no se incorporarán al contrato. En la misma situación, - la no incorporación al contrato -, quedarán aquellas cláusulas que sean ilegibles, oscuras, incomprensibles o ambiguas, aunque aquí encontramos una excepción; si el adherente las acepta de manera expresa por escrito y se consideran transparentes, sí serán válidas.

De otro lado, serán nulas de pleno derecho aquellas condiciones generales que en perjuicio del consumidor, contradigan lo dispuesto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o en cualquier otra norma a este respecto.

27 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, defiende que, al decir que “la Ley es de aplicación a los *contratos que tengan condiciones generales*, entendido ello literalmente, parecería indicar que las normas de la Ley se aplican a las condiciones generales ya incorporadas a un contrato, aunque resulta manifiesto que los controles que la Ley prevé son anteriores a la incorporación y que el propio proceso de incorporación es regulado por ella misma. La idea *contratos que contengan condiciones generales* parece excluir también la posible aplicación de condiciones generales que resulte por una vía diferente de la contractual”. “*Comentarios al artículo 2*”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp 142-144. Por su parte, JUSTE MENCÍA, Javier, se plantea el problema del desarrollo reglamentario del artículo 5.4 LCGC en relación con la Directiva 97/7/CE, en lo relativo a “servicios financieros consistentes en servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, seguro y reaseguro, bancarios o prestados por entidades sujetas a supervisión prudencial, relativos a fondos de pensiones y a operaciones de plazo y de opción, los celebrados mediante máquinas o locales automáticos, en subasta y los relativos a la construcción y venta de bienes inmuebles [...]”

28 Para FERRER RIBA, Josep, el concepto de condición particular “debe formularse por oposición al (general) anterior: es particular toda cláusula que no reúna alguna de las tres notas que definen a una condición como general; esto es, que no haya sido predispuesta, impuesta, o redactada para su incorporación a una pluralidad de contratos”. “*La contradicción entre condiciones generales y particulares*”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 364-378.

29 FABRA VALLE, Germán. “*Los contratos civiles*”, en *Manual práctico de contratos civiles*, Edisofer, S.L., Madrid, 1999, pp. 29-43, señala esto: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. En el caso de que las palabras escritas parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Para juzgar la intención de las partes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstas, tanto coetáneos como posteriores al contrato”.

1.2.Origen y legislación.

Antes de entrar de pleno en las cláusulas contractuales abusivas, conviene tener en cuenta algunos conceptos básicos para entender sin fisuras la problemática a la que nos enfrentamos.

Resulta básico conocer quién es considerado a estos efectos consumidor: “... son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”, como recoge el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, de 2007 -TrLGDCU en adelante-. A este respecto, la definición expuesta resulta mucho más sencilla que la elegida para la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984³⁰, - LGDCU en adelante-, que decía, en su artículo 1.2: “... las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes lo producen, facilitan, suministran o expiden”. También debe reseñarse la existencia de legislación autonómica en esta materia. En lo que a Aragón respecta³¹, encontramos la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón³² -LPDCUA en adelante-. Nuestra ley autonómica mantiene un concepto de consumidor y usuario en términos parejos a la legislación estatal, incluyendo simplemente en el listado también a las entidades asociativas sin personalidad jurídica como parte de dichos consumidores.

Conviene hacer un alto en el camino para explicar aquí el concepto de competencia exclusiva en la materia. Dado que el artículo 149.1 de la Constitución Española no menciona

30 Esta Ley fue modificada en 1998 y, finalmente, derogada por el actual Texto Refundido para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en 2007.

31 Establecida dicha competencia exclusiva en virtud del artículo 71.26^a: “En el ámbito de las competencias exclusivas, la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá la potestad legislativa, la potestad reglamentaria, la función ejecutiva y el establecimiento de políticas propias, respetando lo dispuesto en los artículos 140 y 149.1 de la Constitución. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva de las siguientes materias:

26^a: Consumo, que, en todo caso, comprende la regulación de la protección y defensa de los consumidores y usuarios; el fomento de las asociaciones; la formación y educación para el consumo responsable, así como la regulación de los órganos y procedimientos de mediación.”

32 Si bien la legislación autonómica aragonesa no habla específicamente de cláusulas abusivas, como sí hace la estatal, podemos de su redacción entender que se refieren al mismo concepto. Así, el artículo 4 de la LPDCUA nos dice: “Son derechos básicos de los consumidores: el reconocimiento, protección y realización de sus legítimos intereses económicos y sociales”.

Además, después, en el apartado g de este mismo artículo, encontramos la siguiente redacción: “Son derechos básicos de los consumidores: la especial protección de aquellas condiciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueden encontrarse individual o colectivamente”.

De todo ello, podemos inferir que, si bien de un modo distinto, ambas legislaciones llegan al mismo punto; la protección del consumidor frente a las cláusulas contractuales abusivas.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

específicamente defensa de los consumidores y usuarios, abre la puerta a que algunos Estatutos de Autonomía se lo asignen como competencia exclusiva. El problema es que este sector implica un importante conglomerado legislativo, reconducible a múltiples materias donde el Estado sí ostenta competencia, así que el Estado también adquiere competencia en este campo³³.

Nos encontramos ante un derecho que es únicamente aplicable a las relaciones entre personas particulares y empresas, no entrando por tanto a legislar el campo de las relaciones que se dan entre dos empresarios o entre dos particulares. Pero, por supuesto, este tipo de derecho no surgió de la nada, sino que precisó de años de evolución para llegar al punto en el cual se encuentra hoy día.

En España, la aplicación real de este tipo de Derecho, la toma en consideración del mismo de modo serio, devino por un lamentable suceso de nuestra historia. En 1981, un niño fallecía por enfermedad desconocida en un hospital de Madrid. Fue el primero de muchos afectados que vinieron después. Las autoridades sanitarias tardaron un año en conseguir establecer un patrón y determinar cuál era el origen de la enfermedad. Había estallado el famoso caso del aceite de colza, que conmocionó a la sociedad y fue todo un reto para un Derecho casi nonato.

Desde luego, no fue la nuestra la primera legislación existente sobre la materia. Para cuando ocurrió dicho suceso en España, ya había quedado constatado que el consumidor se encontraba en una posición de indefensión frente a las empresas, lo que resultaba contrario a los principios básicos de la contratación. En 1972³⁴ encontramos un estudio sobre la Política de Protección a los Consumidores, desarrollado por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico). El año siguiente, ahondando en la materia, fue el Consejo de Europa quien desarrolló un documento, en este caso, la Carta de protección a los consumidores³⁵.

33 SERRA RODRÍGUEZ, Adela: *“La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas”*, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Tecnos, Madrid, 2006, pp. 202 – 219. En la misma línea, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, en *“Comentario a la Disposición Final 1ª”*, pp. 1445 – 1447, señala que ni siquiera las Comunidades Autónomas se han planteado la constitucionalidad del sistema.

34 PARDO GATO, José Ricardo, *“La política comunitaria de los consumidores”*, en *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Dijusa, Madrid, 2004, pp. 73-80. Se produjo un cambio de mentalidad en Europa, pues se empezó a “considerar insuficientes las medidas adoptadas hasta ese momento en el desarrollo y promoción del nuevo mercado único”. Pasaron del anterior modelo, que se encontraba vigente desde la etapa inicial de la Comunidad Europea y se basaba en términos de productividad y rentabilidad económica, a una política orientada cada vez en mayor medida hacia los objetivos de calidad de vida.

En el plano institucional, suele señalarse la Cumbre de París como los antecedentes del actual sistema de Derecho de Protección de Consumidores en la Unión Europea. Fue ahí donde se creó el Consejo de los Consumidores, y donde se plasmó la necesidad de desarrollar Programas de acción en tal sentido.

35 Las materias básicas que buscaban regular en dicha Carta eran el derecho a la salud y la seguridad; la protección de los intereses económicos; el derecho a la información, y a una información veraz; audiencia, representación y

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

Para 1975 se aprobó, por parte de la Unión Europea, una resolución aprobada por Consejo de Ministros cuya intención era establecer un programa preliminar en la Unión Europea de cara a instaurar una política de protección e información a los consumidores, se le denominó Programa Preliminar³⁶. Su desarrollo, posterior en el tiempo, llegó en 1981, con el llamado Segundo Programa, que abarcaba desde dicho año hasta 1986, y donde empezaron a verse los primeros frutos de esta política. Sin embargo, la consolidación de la política de protección de los consumidores se produjo en Europa en 1992, con el Tratado de Maastricht, en su Título XI, artículo 129A³⁷.

En aquella última fecha, la legislación española ya se había hecho eco del nuevo tipo de Derecho, y había sentado las bases del mismo para su aplicación en territorio nacional. En la propia Constitución Española de 1978 podemos encontrar reflejado dicho principio en su artículo 51, que dice: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Elaborar una legislación que pudiera enfrentarse a los problemas existentes y que se mostrase eficaz era todo un reto, enfrentándose a dos problemas fundamentales, como se señaló por parte de ALFARO³⁸. Sin embargo, a pesar de lo dispuesto en el referido artículo constitucional, deben realizarse dos aclaraciones al respecto.

La primera lo es respecto a su aparición en la Constitución, dado que esto se produce como mero reconocimiento de defensa de los intereses de los consumidores, pero el desarrollo tiene lugar en otras normativas. Así apareció la LGDCU de 1984, derogada después por el TrLGDCU de 2007. Este último texto tenía como finalidad refundir en un único texto tanto la LGDCU como las

participación; y el derecho a la reparación de los daños.

36 Recogía los llamados derechos fundamentales de los consumidores; es decir, derecho a la salud, a la seguridad, a la reparación de los daños, a la representación y a la tutela de los intereses económicos.

37 “1.La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante:

a) medidas que adopte en virtud del artículo 100A en el marco de la realización del mercado interior

b) acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.

2.El Consejo con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1.

3.Las acciones que se adopten en virtud del apdo 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión”.

38 ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, en “*Cláusulas abusivas, cláusulas predisuestas y condiciones generales*”, en el Curso *El nuevo derecho de las condiciones generales de la contratación*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 1998.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

distintas normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en la materia de protección de los consumidores y usuarios para aclarar, armonizar y regularizar los textos legales que tengan que ser refundidos, como nos indica la propia Exposición de Motivos del TrLGDCU.

Mientras, la segunda aclaración nos lleva al hecho de que, si bien el reconocimiento de este derecho en España se produce con la aparición de la Carta Magna, ello no implica que antes de 1978 el consumidor estuviera totalmente desamparado. Esto es así porque el Código Civil ya dejaba pinceladas de esto. Concretamente, en el Libro IV – de las Obligaciones y Contratos -, Título II – De los Contratos -, Capítulo I – Disposiciones Generales -.

En el Código Civil encontramos preceptos como el artículo 1255, que otorga libertad a las partes para establecer cuantas cláusulas consideren convenientes en su contrato, siempre y cuando no sean contrarias a las leyes, la moral ni el orden público. Por su parte, el artículo 1256 especifica que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Además, el artículo 1258 dice que un contrato obliga al cumplimiento de lo pactado, pero también a las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Finalmente, encontramos el artículo 1260, que prohíbe establecer juramento en los contratos. Este último puede parecer baladí hoy día, pero conviene no olvidar que el Código Civil entró en vigor en 1889, en una España que era por la época profundamente religiosa.

No es la única regulación relativa a contratos que encontramos en el Código Civil, por supuesto, - de hecho, ocupan todo un Libro, el IV -, pero sí es ahí donde se establecen las disposiciones generales. También hay que señalar dos artículos más, como son el 7 – exige que las partes actúen según la buena fe -, y el 1289 – especifica que, en caso de cláusulas dudosas o ambiguas, debe interpretarse en favor de la parte que no haya intervenido en la redacción del contrato -.

Este último artículo permite que entronquemos con la materia clave de este trabajo, las cláusulas abusivas. No obstante, antes de hablar de ellas, hay que tener claro el concepto y los tipos de contrato.

Podemos definir un contrato como el acuerdo de voluntades de dos o más sujetos del que nacen obligaciones para las partes. Una definición similar nos la ofrece el artículo 1254³⁹ del

39 Art. 1254CC: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de una u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

Código Civil. También son importantes en este aspecto los artículos 1089⁴⁰ y 1091⁴¹ del Código Civil. Respecto a los tipos de contratos, si bien es cierto que las clasificaciones son muy abundantes, baste decir que el contrato típico objeto de este trabajo será bilateral, oneroso, conmutativo⁴² y consensual.

Tampoco se puede pasar por alto un detalle; el Código Civil se redacta en una época en la que contratar era algo menos común que hoy día. Así, el legislador de la época pensaba en la contratación entre dos particulares⁴³, fundamentalmente. Pero hoy día nos encontramos con que los contratos se dan en masa, y que en múltiples ocasiones es una sola de las partes la que se encarga de la redacción del mismo, sin ofrecer a la otra la posibilidad de negociar las cláusulas (contratos de seguro, de teléfono...)⁴⁴. Ello ha implicado que el Código Civil haya quedado obsoleto en ciertos puntos, y ha propiciado el florecimiento de múltiples leyes que buscan regular el nuevo escenario.

Alcanzando este punto, es el momento de hablar de las cláusulas contractuales. Una cláusula contractual es cada una de las disposiciones o condiciones de un contrato. Según establece el Código Civil, rige la libertad de las partes para establecerlas, como ya se ha señalado a este respecto, en el artículo 1255. También entra a jugar la interpretación del contrato, que es una labor que tiene como finalidad averiguar cuál es la voluntad de las partes (artículos 1281 a 1289 del Código Civil). El problema llega aquí, en este momento. Si se establece una cláusula que contravenga la ley, la moral o el orden público. Es en este punto cuando nos encontramos ante una cláusula abusiva, - o leonina, según a quién se consulte -.

Así las cosas, podemos definir las cláusulas contractuales abusivas como aquellas “estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe

40 Art. 1089 CC: “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

41 Art. 1091 CC: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

42 Contrato conmutativo: El que genera obligaciones y cargas contractuales equivalentes o recíprocas entre las partes.

43 Como señala FABRA VALLE, Germán, “*Condiciones generales de la contratación*”, en *Manual práctico de Contratos civiles*, Edisofer S.L., Madrid, 1999, pp. 90-100. La contratación en masa es un fenómeno que prácticamente se inició hace unas décadas, volviéndose algo normal hoy día y “vinculando a las modernas empresas con su clientela o usuarios, llegándose a una estandarización de las cláusulas contractuales, prefijadas por el estipulante, que se sirve incluso de asesores jurídicos para su redacción”.

44 PARDO GATO, José Ricardo, “*La realidad contractual y sus antecedentes*”, en *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Dijusa, Madrid, 2004, pp. 33-54. Señala que fue a partir de los años setenta del siglo XX cuando Europa alcanzó la convicción de la necesidad de ofrecer mecanismos a los jueces para poder efectuar un control sobre el contenido de ciertos contratos, puesto que se venían observando claros abusos de la parte que los redactaba sobre el adherente. Su opinión coincide plenamente con la de ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, en “*Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales*”, en el Curso *El nuevo derecho de las condiciones generales de la contratación*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 1998.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”⁴⁵. Además, el artículo 8.a del TrLGDCU establece como derecho básico del consumidor y usuario “la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos”. Además, esta misma ley, en su disposición adicional primera, establece en un listado las consideradas como cláusulas abusivas. Igualmente, conviene destacar el artículo 10, en el cual se especifica que los derechos reconocidos a consumidores y usuarios tienen el carácter de irrenunciables y, de haberse producido dicha renuncia, se tendrá por nula, dado que contraviene este principio.

Resulta importante diferenciarlas, no obstante, de las cláusulas no negociadas individualmente. Como ya se ha señalado anteriormente, el hecho de que empresario y usuario no se sienten a negociar las distintas cláusulas no implica automáticamente que éstas sean nulas, sino que deben seguir una serie de características para alcanzar dicha consideración.

45 Definición recogida en el artículo 82 del TrLGDCU.

II. Cláusulas contractuales abusivas en las hipotecas.

La adquisición de una vivienda supone, para la gran mayoría de las personas, el mayor gasto de su vida, y es algo que se produce en muy pocas ocasiones. Por todo ello, aún resulta más difícil conseguir estar bien informado al respecto para lograr proceder con cierta tranquilidad. Todo ello implica que la posición del consumidor queda todavía más débil que en otras contrataciones frente a la figura de los profesionales de este sector, que son auténticos conocedores de todos los secretos de la legislación aplicable y la práctica habitual.

No resulta en la actualidad completo dar un repaso a las cláusulas contractuales abusivas que pueden darse en el sector de la compraventa de viviendas sin detenerse en las hipotecas, algo que será objeto de estudio pormenorizado avanzado este apartado del trabajo⁴⁶. En la actualidad, han surgido voces discrepantes respecto al hecho de que hoy día muchas entidades financieras dotan de mejores condiciones hipotecarias al comprador de una de las viviendas que ellos tienen en cartera y, si bien todavía no hay pronunciamientos judiciales al respecto, parece una clara falta al principio de igualdad, dado que la única diferencia por la cual aplican dichas condiciones estriba en el establecimiento en el cual se adquiera la vivienda.

Pero, antes de entrar específicamente en la materia de las cláusulas abusivas, hay que reseñar que, previa sentencia judicial, las cláusulas declaradas con la categoría de abusivas deben inscribirse en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Hay que añadir que fue con la ley 7/1998 de Condiciones Generales cuando, por primera vez, el legislador mostró la intención de armonizar las normas hipotecarias con la protección del consumidor⁴⁷. Igualmente, encontramos un artículo que obliga a los Registradores a no inscribir los contratos que incluyan estas cláusulas⁴⁸. Dicho esto, las posteriores reformas de la Ley General de las Condiciones de Contratación, de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, y de la Ley Hipotecaria, en referencia a estos aspectos, implicó que las potestades de los Notarios y los Registradores quedasen reducidas “al

46 En la actualidad, las condiciones de las hipotecas para adquirir viviendas disponibles en cartera por las entidades financieras son notablemente más ventajosas que hace un tiempo; pues se puede conseguir un crédito por el 100% del valor del inmueble y pagarlo a 40 años, algo impensable hace unos años. El problema está en que sólo pueden lograrse dichas condiciones si se adquiere la vivienda directamente al banco.

47 BLANDINO GARRIDO, María Amalia: *La ineficacia de los contratos celebrados con los consumidores: la nulidad de las cláusulas abusivas*. Tesis doctoral, 2003, pp. 618-619.

48 Artículo 258 de la Ley Hipotecaria: “El Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la LCU” (Ley de Consumidores y Usuarios). El artículo 10 bis de la Ley de Consumidores y Usuarios, por su parte, nos dice: “

mero respeto y aplicación del resultado obtenido en el ejercicio del control judicial sobre las cláusulas abusivas⁴⁹. Además, hay que añadir a todo ello que los compradores de vivienda rara vez leen los contratos de adquisición las mismas, y no suelen ejercer sus derechos anteriores a la firma del mismo⁵⁰.

II.1.Cláusulas contractuales abusivas en la compraventa de viviendas.

En este sector, se recibieron más de 80.000 quejas en el año 2009⁵¹, una cifra para nada despreciable, y que deja a las claras la complejidad del asunto. Lo cierto es que, de entre todas las quejas, encontramos una gran variedad de problemáticas. Así, alguna de las más llamativas y que han estado en el foco de los medios de comunicación últimamente son las cláusulas suelo⁵², - cuyo estudio detallado se desarrollará más adelante -, pero desde luego no las únicas. También pueden reseñarse las reservas por parte del vendedor de facultades de modificación unilateral del contrato, o la cláusula que regula el plazo de entrega de la vivienda, entre otras.

Respecto de la primera de estas dos cláusulas, nos encontramos con la posibilidad de que el constructor pueda, por sí mismo, modificar puntos del contrato que, en algunos casos, pueden ser esenciales; tales como el precio o el propio piso, que sería el objeto del contrato. La redacción de estas cláusulas suelen tener textos del tipo: “se reserva la facultad para modificar la obra en aquello que crea oportuno, así como ordenar los espacios comunes de la parcela proyectando las instalaciones que crea convenientes”; o incluso dotándose del permiso inicial del comprador, en cláusulas del estilo: “el comprador autoriza al vendedor a efectuar las modificaciones...”⁵³.

49 BLANDINO GARRIDO, María Amalia: *La ineficacia de los contratos celebrados con los consumidores: la nulidad de las cláusulas abusivas*. Tesis doctoral, 2003, p. 619.

50 SALIDO, Jorge y DE ROJAS, Cristina: *Cara a cara con el notario*, en Elmundo.es, edición digital, 05-09-2011. Enlace web: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/09/01/suvienda/1314892103.html>. Por su parte, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, en *El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas*, defendía que es normal que la gente no lea la letra pequeña de los contratos en la mayoría de los casos, puesto que “no es racional preocuparse del contenido de esas cláusulas”. Además, añadía que, normalmente, aunque los consumidores se lean dichas cláusulas y no les gusten, tampoco tienen la capacidad ni la posibilidad de modificarlas o encontrar una opción alternativa.

51 Dato extraído del *Balance de Consultas y Reclamaciones presentadas en las Organizaciones de Consumidores de ámbito nacional en 2009*. Fuente: www.consumo-inc.gob.es/informes/reclamaciones.htm. Consultado el 04-05-12.

52 La Sentencia 246/10, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla, fue la primera que consideró esta cláusula como abusiva, si bien el posterior devenir de los acontecimientos modificó significativamente esta decisión judicial.

53 DIÉGUEZ OLIVA, Rocío; “La reserva por parte del predisponente de facultades de modificación unilateral del contrato”, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Tecnos, Madrid, 2006, pp. 105-106.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

En estos supuestos, pueden darse variaciones de metros disponibles, lugares comunes, calidades y otros aspectos importantes, puesto que en muchas ocasiones la vivienda se adquiere sobre plano, antes de su construcción.

Son por tanto estas cláusulas consideradas abusivas, dado que impiden la posibilidad de negociación y de ofrecer a una de las partes la modificación exclusiva y por propia voluntad de elementos básicos del contrato⁵⁴. La justificación de la consideración de esta cláusula como abusiva nos viene dada en el artículo 85 del TrLGDCU⁵⁵. Si bien es cierto que algunas condiciones pueden ser modificadas, en virtud de este mismo artículo, por lo que la ley exija, no es menos cierto que un proyecto de obra debe desde el primer momento respetar y cumplir la legislación vigente, con lo cual eso será achacable al constructor-vendedor, - en ningún caso al comprador -. Además, en otros aspectos concretos, como las calidades que debe tener la vivienda, resulta incluso aún más complejo justificar la necesidad de modificación. Así y todo, si finalmente dichos cambios implicasen una mejoría de las condiciones pactadas inicialmente, por ejemplo, con el uso de materiales de mejor calidad, no nos encontraríamos ante una cláusula abusiva, puesto que el resultado final estaría beneficiando a la parte más débil, que es el comprador.

Para terminar de justificar la abusividad de esta cláusula, debemos finalizar nuestro periplo legislativo en el Código Civil, en su artículo 1255, que establece el límite del derecho imperativo; y con el artículo 10b.1 del Real Decreto 515/1989 sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa de viviendas⁵⁶. Siguiendo este último artículo, cabe plantearse qué ocurrirá con aquellas modificaciones que no impliquen cambio de calidades o proyecto con incremento de precio. Para estas últimas, el TrLGDCU será la normativa aplicable,

54 Al fin y al cabo, es este uno de los puntos básicos a considerar cuando se trata de discernir si nos encontramos o no ante una cláusula contractual abusiva, dado que se está dotando de un poder muy superior a una de las partes respecto de la contraria.

55 Art. 85 TrLGDCU: “Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas”.

56 RD 515/1989, artículo 10b.1: “Los documentos contractuales de compraventa o arrendamiento de viviendas deberán ir redactados con la debida claridad y sencillez, sin referencia o remisión a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato. Igualmente deberán responder a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, implica la prohibición de inclusión de cláusulas que: impongan un incremento del precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales efectivas que puedan ser libremente aceptadas o rechazadas por el comprador o arrendatario con independencia del contrato principal, a tales efectos:

- las reformas de obra motivadas en causas diligentemente no previsibles en el momento de la aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que hayan de originar modificación del precio estipulado, serán previamente comunicadas a los adquirentes quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca”.

como se ha descrito en el párrafo anterior.

A todo esto, hay que añadir que las modificaciones en virtud de esta cláusula pueden ser de lo más variopintas, desde la diferencia en la superficie de la vivienda⁵⁷, hasta la modificación del uso destinado a las zonas comunes⁵⁸ o el paisaje del mismo, en virtud de los proyectos de zonas ajardinadas de los edificios⁵⁹.

Respecto de la segunda cláusula que se comentaba anteriormente, la que regula el plazo de entrega de la vivienda, hay que reseñar que sólo se produce ante la compra de un inmueble sobre plano, pues si ya está construido la entrega de las llaves es inmediata. No extraña a nadie un cierto retraso en la entrega, - se entiende razonable un retraso de aproximadamente dos meses -, pero en algunas ocasiones la fecha no viene determinada con exactitud en el contrato – en otros casos ni siquiera se dice nada sobre la misma -, o que incluso se dote de permiso a la constructora para retrasar la fecha de entrega por diversos motivos⁶⁰.

En estos supuestos, si nos encontramos ante un contrato que no especifica fecha de entrega, el Código Civil, en su artículo 1128, nos lleva a la fijación judicial como solución final⁶¹.

Ahora bien, como el mayor problema de estas cláusulas es el retraso del plazo de entrega, hay que ver cuáles son los supuestos en los que dicho retraso puede considerarse abusivo. Por ejemplo, algo muy común es, en el articulado del TrLGDCU, la cláusula considerada abusiva por el hecho “de otorgar al profesional que contrata con el consumidor de un plazo excesivamente largo [...] para satisfacer la prestación debida, [...] así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinado si el consumidor no se manifiesta en contra”. (artículo 85.1 y 85.2). También hay que reseñar, en este aspecto, el artículo 85.3⁶², si bien el problema estriba en que

57 Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 03-10-94. Un piso proyecto a 69’88 metros cuadrados fue finalmente entregado al comprador con una superficie habitable de 57’15 metros cuadrados.

58 Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 24-06-02.

59 Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 21-09-01; la promotora amplió la urbanización de un apartamento en la playa unilateralmente y terminó afectando a las vistas prometidas a uno de los compradores.

60 LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen; “*La cláusula reguladora del plazo de entrega de la vivienda*”, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Tecnos, Madrid, 2006, pp. 146 – 147.

61 Art. 1128CC: “Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél. También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor”. Una sentencia que hizo uso de este artículo fue, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 03-12-96.

62 Art. 85.3 TrLGDCU: “Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato”.

no hay pronunciamiento judicial sobre qué es o no un motivo válido, lo cual me lleva a interpretarlo como aquél que imponga un retraso de la entrega de la vivienda sin que el constructor haya podido evitarlo de ningún modo razonable. En los tiempos que corren, por ejemplo, algo así sería la quiebra de un suministrador clave, o cualquier otro supuesto de fuerza mayor. Igualmente, resultan también importantes los artículos 85.5⁶³ y 85.8⁶⁴.

Básicamente, aquí nos encontramos ante cláusulas que son “contrarias a la buena fe y causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes”⁶⁵.

Así, la solución del consumidor radica en acudir, bien a los Tribunales, bien a los mecanismos extrajudiciales disponibles a su alcance. En ambos supuestos, lo que puede realizar el comprador es exigir una indemnización o la resolución del contrato.

II.2.Cláusulas contractuales abusivas en los contratos celebrados con entidades financieras.

Las entidades financieras constituyen el segundo sector que más quejas y reclamaciones tiene por parte de los consumidores y usuarios, cifrándose tal dato en algo más de 140.000 al año, según se recoge en el Balance de consultas y reclamaciones presentadas en las Organizaciones de Consumidores de ámbito nacional de 2009. Dicha cantidad no puede sino reforzar la necesidad de un estudio pormenorizado de cláusulas abusivas en este sector. Si bien la cantidad de servicios que ofrecen las entidades bancarias impide realizar una aproximación concreta a cada uno de los tipos, emplearemos un modo más sencillo, centrándonos en algunas de las cláusulas que se incluyen en los distintos formularios de estas compañías.

Así, una de las primeras a considerar son las denominadas *cláusulas de garantías*. Como bien señala GARRIGUES, el dinero que dan los Bancos en crédito proviene del que ellos mismos han recibido, y por ello buscan adoptar todas las garantías que consideren necesarias para

63 Art. 85.5 TrLGDCU: “Las cláusulas que impongan la vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones”.

64 Art. 85.8 TrLGDCU: “Las cláusulas que superpongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario”.

65 LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen; “La cláusula reguladora del plazo de entrega de la vivienda”, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Tecnos, Madrid, 2006, pp. 150 – 151.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

asegurarse el buen fin de las operaciones. Podemos, por tanto, establecer que “la garantía y la prudencia en la inversión han sido y siguen siendo las principales claves de la actividad bancaria”⁶⁶. No obstante, todo tiene un límite, y no siempre tienen el derecho ni la potestad de pedir y/o exigir todo lo que se les ocurra o deseen.

Precisamente, encontramos justificación legal a ese límite en el TrLGDCU. Su artículo 88 se refiere precisamente a esto, y el apartado primero nos dice: “en todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan: la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido”.

Dentro de esta misma modalidad encontramos, por ejemplo, las llamadas cláusulas de cuenta única, que consisten en la concesión a la entidad financiera de la posibilidad de retener y aplicar al pago de su crédito los saldos existentes en cualquier cuenta corriente, libreta de ahorros o cualquier otro producto financiero en el que el banco sea depositario a nombre del deudor y fiadores, llegando incluso a poder proceder a la venta de los valores o bienes depositados⁶⁷. Hay que reseñar, al hilo de esto, que el Código Civil recoge la compensación en su articulado -del 1195 al 1202-, y que para que sea posible la compensación legal debe tratarse de deudas vencidas que sean líquidas y exigibles, y no puede aplicarse en caso de que alguna de ellas provenga de depósito o de las obligaciones del depositario o del comodatario⁶⁸.

Como último punto a este pequeño repaso de las diversas cláusulas abusivas que podemos encontrarnos en los contratos bancarios celebrados con consumidores, podemos destacar unas de las más polémicas, las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad. Visto desde el punto de vista de los bancos, resulta lógico el hecho de que su intención pase por limitar lo máximo posible su responsabilidad, y así intentan hacerlo al llevar a cabo la redacción de sus contratos. Una

66 MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, Lucio; “El control de contenido en los contratos bancarios celebrados con consumidores”, en *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*. EDICIP, Cádiz, 2002, pp. 242 – 248.

67 MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, Lucio; “Cláusulas de garantías”, en *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*. EDICIP, Cádiz, 2002, pp. 248 – 254. El autor, incluso, incluye como ejemplo la redacción íntegra de una cláusula contractual de ese tipo.

68 Existe polémica en cuanto a esta práctica, recogida en el artículo 1200.1 del Código Civil. No obstante, la problemática lo es más a título dogmático que práctico. El Tribunal Supremo se ha manifestado en varias ocasiones sobre cuestiones relativas a este artículo. Para ampliar información, pueden consultarse la STS de 19-9-1987; la STS de 19-4-1997 o la STS 21-4-1998, en ésta última se defiende el hecho de que “el banco no puede efectuar el traspaso de las cuentas acreedoras a las deudoras más allá o fuera de aquellas operaciones bancarias que entrañen o supongan un depósito de numerario, pues “la obligación de restitución que impone todo depósito -sea regular o irregular, con las diferencias propias de uno y otro – es la primera y básica que no puede extinguirse por compensación (art. 1200.1 del CC), salvo, naturalmente, el pacto en contrario”. Del libro de MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, Lucio, p. 249.

de las polémicas que surgió con estas cláusulas era si podía ser considerada abusiva únicamente aquella cláusula que implicase una limitación absoluta de responsabilidad, o también una de carácter parcial. Desde el primer momento, la doctrina entendió que ambas podían serlo pues, de lo contrario, podrían fijarse cláusulas con una mínima responsabilidad y saltarse la norma, como se señaló en su momento⁶⁹.

Los tipos de cláusulas de esta modalidad son variados, entre ellos está la cláusula relativa a la responsabilidad en el servicio de caja de seguridad. En este supuesto, hay que dejar claro que, tanto si el daño deriva de “la responsabilidad del banco del incumplimiento del deber de custodia, o bien de la aplicación analógica de la normativa reguladora del depósito cerrado o sellado, lo cierto es que la entidad responde frente al cliente de la pérdida o deterioro de los objetos introducidos en la caja”⁷⁰. De esta afirmación caben excluir, no obstante, los daños o pérdidas ocasionadas por caso fortuito o fuerza mayor. También han existido siempre problemas en torno a las cláusulas por responsabilidad en el pago de cheques falsos o falsificados y, por supuesto, por la responsabilidad de las entidades por el uso fraudulento de las tarjetas. En este último aspecto, existen sentencias judiciales recientes que han matizado el sentido de las palabras de las cláusulas, puesto que éstas exigían que debía avisarse del hurto de la tarjeta “a la mayor brevedad posible”. Así, mientras la entidad bancaria entendía que el tiempo comenzaba a correr al instante de haber perdido la tarjeta -y establecían en consecuencia a partir de ahí un tiempo máximo-, los tribunales entendieron que el tiempo comenzaba a computar desde el momento en que el consumidor era consciente de la falta de su tarjeta⁷¹.

Por supuesto, son numerosas las cláusulas que ofrecen problemas en las hipotecas, pero esa es una cuestión que abordaremos a partir del siguiente epígrafe.

69 SERRA RODRÍGUEZ, A: *Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*. Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 99.

70 MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, Lucio; “Cláusulas relativas a la responsabilidad en el servicio de caja de seguridad”, en *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*. EDICIP, Cádiz, 2002, pp. 319 – 323. Por su parte, GARRIGUES, J. diferenciaba en estos supuestos entre la obligación de actividad y la de resultado. Decía que en la primera “el deudor se obliga a desplegar la actividad necesaria para producir un resultado, como el médico o el abogado. Por el contrario, en la segunda, el objeto de la obligación es el resultado mismo”. En “*La operación bancaria y el contrato bancario*”, *RDM*, nº 66, 1957, pp. 249 y ss.

71 Sentencia nº 427/2005 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 3 de octubre. El juez estimó que la entidad bancaria debía devolver al consumidor un importe de 2471 ‘54 euros, pues consideró que no se podía exigir al titular de la cuenta la comprobación constante de los cargos. En el caso en cuestión, el usuario descubrió el robo cuando le llegó el extracto bancario, algo que se produjo 24 días después de la sustracción. Así, se puso en evidencia que la entidad financiera no puede eximirse de responsabilidad cuando el cliente no le informa del robo o pérdida de tarjeta en un plazo inferior a 24 horas, como ellas exigen, y también se estimó que no podían cobrarle 150 euros como cargo por falta de diligencia en el cuidado de la misma.

II.3. Garantía hipotecaria y acciones de clase.

En la materia a la que nos enfrentamos, resulta cada vez más habitual -se ha convertido en la práctica común-, las llamadas demandas colectivas, normalmente mediante la intervención de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios⁷². Son las acciones de clase por intereses colectivos, realizadas como acciones de cesación de cláusulas abusivas. El inicio de esta práctica tuvo lugar en 1994, cuando unos clientes bancarios – que habían comprado su vivienda mediante hipoteca – y la asociación Icofin demandaron a la Caixa de Catalunya. El motivo de dicha demanda eran los intereses, pues los clientes entendían que eran mayores de lo pactado⁷³. Si bien los clientes obtuvieron la razón, el hecho verdaderamente importante resultó el abrir la puerta a las demandas colectivas.

Tal importancia deviene por el hecho de que la legislación aplicable en aquellos momentos no especificaba la posibilidad de la acción colectiva, algo que resultó subsanado con la aprobación de la normativa posterior, en 2001. Desde entonces, como señala De Torres Perea⁷⁴: “encontramos los mecanismos procesales adecuados para poder ejercer plenamente las acciones de clase, no sólo las que decidan sobre intereses colectivos o difusos por daños hechos a un grupo de consumidores, sino también la reclamación de daños y perjuicios que ahora podrá solicitarse como accesoria al ejercitarse la acción de cesación para obtener sentencia que condene a la entidad bancaria predisponente a eliminar de sus condiciones generales las que se consideren nulas y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo”.

Hay que reseñar también que este tipo de acción es distinta en España que, por ejemplo, en Estados Unidos, país que la reguló en primer lugar. Así, mientras para ellos la acción de clase se

72 Dan lugar a sentencias que casi declaran la abusividad de las cláusulas en *cascada*. Así, en septiembre de 2003 se declararon por una misma sentencia ocho cláusulas bancarias denunciadas por la OCU, mientras que en el año 2011 eran declaradas en una sentencia como abusivas veintidos cláusulas.

73 STS 8-4-1994. Las partes pactaron un interés del 14%, así que los clientes exigían que la entidad bancaria no les cobrase un interés mayor, algo que en la práctica ocurría puesto que les aplicaba el sistema francés sobre la cantidad total pendiente del plazo, ya que no les reducían las amortizaciones realizadas durante el mismo. El interés real, por tanto, resultaba mayor que el pactado, pero la entidad financiera alegaba la aplicación del *uso bancario*. El Tribunal Supremo consideró que, aunque en varias cláusulas se consignó el nominal del 14%, dicho contrato de adhesión tenía cláusulas oscuras que daban lugar a un interés real o efectivo superior al nominal, si bien de la lectura del contrato no se deducía ni la forma de llegar a la cuota a pagar ni el sistema empleado. (Aunque la Caja dijo que era el sistema francés, esto no estaba especificado en el contrato). Se concluyó, por tanto, que el prestatario no podía conocer con certeza las condiciones en que obtenía su crédito por la falta de claridad habida al redactar el contrato.

74 DE TORRES PEREA, José Manuel; “Cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda”, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Tecnos, Madrid, 2006, pp. 233 – 241.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

extiende entre los consumidores, también lo hace entre los empresarios. De este modo, cuando en el derecho norteamericano se declara abusiva una cláusula contenida en las condiciones generales, la misma cláusula queda de modo automático anulada, pero esto también sucede con cualquier otra cláusula pactada en iguales circunstancias por otro empresario. Mientras, en nuestro país esto no ocurre, a pesar de que tal opción se contempló en el Anteproyecto de nuestra ley.

Reseñar, finalmente, que el primer pronunciamiento judicial en el que se admitió en nuestro país una acción colectiva respecto a la materia bancaria tuvo lugar el 11 de septiembre de 2001⁷⁵.

Hoy día, lo normal es que sean las Asociaciones de Consumidores y Usuarios las que, reuniendo en demandas colectivas a varios clientes afectados por diversas cláusulas abusivas, interpongan las demandas, dotándose así de una posición de mayor fuerza y consiguiendo mayores recursos para plantar cara a las entidades financieras.

II.4.Cláusulas contractuales abusivas en las hipotecas.

En primer lugar, hay que dejar claro el concepto de hipoteca, al igual que en otra parte de este trabajo se ha hablado del concepto de cláusula abusiva. Cuando hablamos de una hipoteca, nos estamos refiriendo a lo que las entidades bancarias entienden como un préstamo con garantía hipotecaria, el cual podemos definir como “un contrato por el que una persona o entidad (el acreedor, en general un Banco o Caja de Ahorros, aunque puede ser cualquier persona física o jurídica), presta una cantidad de dinero a otra persona o sociedad (el deudor)”⁷⁶. La hipoteca es, exactamente, la garantía que el deudor (u otro por él), proporciona a quien presta el dinero.

A la hora de analizar las cláusulas abusivas que podemos encontrarnos en una hipoteca, no debemos olvidar las tres características básicas de éstas: debe tratarse de una disposición que no haya sido negociada individualmente, que sea contraria a la buena fe y que, además, produzca un

75 Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 50 de Madrid, declarando nulas por redondeo al alza en los préstamos hipotecarios algunas cláusulas. Fue posteriormente ratificada tal sentencia por la Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, sección 11, de 10-10-02. La entidad bancaria recurrió afirmando que el redondeo al alza constituía un elemento conformador del precio de la operación, siendo un elemento esencial del contrato, motivo por el que quedaría fuera de todo control de contenido. La Audiencia consideró que tal redondeo al alza no constituía un elemento esencial del contrato conformador del precio de la operación dada su propia naturaleza. Síntesis extraída del libro *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, p. 239.

76 Definición extraída de la página web www.hipotecas.es; página de referencia a la hora de consultar, por parte de los usuarios, condiciones y dudas relativas a hipotecas. Consultado el 06-03-12.

importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Antes de entrar en materia concreta, conviene reseñar lo afirmado por Miguel Córdoba⁷⁷, quien asegura que para conseguir hoy día una hipoteca hay ciertos requisitos clave exigidos por los Bancos, tales como tener un trabajo fijo y bien retribuido, contar con buenos avalistas – pues en la actualidad la garantía del ladrillo no sirve tras la crisis económica -, y vincularse al 100% con dicha entidad bancaria, o lo que es lo mismo, domiciliar la nómina, los recibos y todos los productos posibles. Además de todo ello, ahora mismo la mayoría de hipotecas las están concediendo las entidades bancarias – más del 60% según datos del INE -, mientras que las cajas apenas llegan al 20% del total de las mismas.

Mientras, en lo que respecta a la catalogación de las cláusulas abusivas, sería menester destacar un caso curioso que se produjo hace unos años, en relación a las consecuencias derivadas de la venta de una vivienda de protección oficial (las famosas hoy en día VPO) a un precio superior al estipulado legalmente. Antaño, cuando los compradores se daban cuenta de que habían pagado más de lo que correspondía e interponían demanda judicial, los tribunales les daban la razón y se les debía devolver la diferencia entre lo que establecía la ley y lo firmado⁷⁸. Pero el Tribunal Supremo cambió de parecer en su doctrina más reciente. Así, amparándose en el Código Civil, declaró: “civilmente y al amparo de la libertad de contratación y la imposibilidad de dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos no puede darse lugar a devolver parte del precio pagado”; igualmente, reseñó que dicha infracción constituiría una sanción administrativa de carácter muy grave⁷⁹.

En cuanto a la legislación aplicable, tenemos el TrLGDCU, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, el Código Civil y el Código de Comercio, así como también algunas Órdenes Ministeriales. Algunos expertos han defendido la unificación de todas las normas en una

77 CÓRDOBA, Miguel, es profesor de Economía Financiera en la Universidad CEU San Pablo. Declaraciones extraídas del artículo de SALIDO COBO, Jorge, en “*Conseguir una hipoteca: las claves para obrar el milagro*”, en *Elmundo.es*. Enlace web: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/29/suvienda/1333011690.html>. Consultado el 06-03-12.

78 STS 12-07-79 y STS 17-04-78, entre otras. En ambas sentencias se solicitaba la nulidad radical por la ilicitud de la causa del contrato; del precio en definitiva. El pronunciamiento judicial dictó condena al vendedor, a quien obligó a la devolución del precio percibido en exceso.

79 CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón, “*Compraventas protegidas por la legislación. Garantías para el comprador*”, en *La compraventa de inmuebles, problemas y soluciones*. Planeta, Barcelona, 1996, pp. 92-117. Las sentencias referidas al cambio de parecer, por su parte, son la STS 17-07-81 y la STS 04-05-94, entre otras.

sola, de momento sin éxito⁸⁰.

II.4.1. La polémica de las llamadas cláusulas suelo.

Muy de moda en la actualidad, conviene en primer lugar delimitar qué es exactamente una cláusula suelo, cuyo nombre nada tiene que ver con el uso de solares para edificar las viviendas de nuevo cuño.

Este tipo de cláusula sólo puede darse mediante la firma previa de un préstamo hipotecario, por sus especiales características, o en préstamos personales aunque, eso sí, en ambos casos debe tratarse de un tipo de interés variable, pues carecen totalmente de sentido si nos encontramos ante un tipo de interés fijo. Así, las cláusulas suelo, impuestas por las entidades financieras, consisten en establecer un límite – por parte de los bancos- a las bajadas de los tipos de interés –. Dicho tipo de interés se calcula mediante el Euribor, que es la *moneda* utilizada en estas operaciones -. Así, cuando los tipos de interés suben, el comprador debe hacer frente a dichas subidas, pero en el caso de que dichos intereses bajen, el hipotecado no siempre se beneficiará de tales bajadas. Esto será así porque en la hipoteca vendrá establecido un tipo mínimo de interés, un *suelo* del mismo, que implica que la cantidad a pagar a la entidad financiera no puede bajar de ese límite inferior firmado. Estos límites, por su parte, pueden variar en función del momento de firma de la hipoteca, pero una vez celebrado el contrato, permanecerán fijos.

Por supuesto, ya se han alzado voces en contra de una práctica que se convirtió en algo habitual, sobre todo en el pasado boom de ventas de inmuebles. Las Asociaciones de Consumidores defendían que la aplicación de estas prácticas debía ser algo equitativo, es decir, que el límite a establecer debía existir tanto por arriba como por abajo. Por supuesto, las entidades financieras hicieron oídos sordos, y terminaron siendo los tribunales los responsables de decidir sobre la controversia.

Así, la Sentencia 246/10⁸¹, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla, fue

80 CHULIÁ, Vicent, en “*Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias*”, RDP, 2004-2, nº 13, p. 49.

81 El fallo de dicha sentencia se dividía en varios apartados. En el Primero, se podía leer: “Declaro la NULIDAD, por abusivas, de las denominadas “cláusulas suelo” de autos, en los préstamos hipotecarios a interés variable con consumidores, celebrados por las entidades BBVA, LA CAIXA y CAJAMAR, dado el desfase apreciado de las mismas en relación a las cláusulas techo que las acompañan, de conformidad con lo dispuesto en esta resolución [...]”. En el Segundo, se decía: “Condeno a BBVA, LA CAIXA y CAJAMAR a la eliminación de dichas condiciones generales de la contratación y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en sus contratos de préstamo hipotecario con

la primera en considerar como cláusula abusiva la llamada cláusula suelo. Después se produjeron varios pronunciamientos judiciales más en la misma línea, como por ejemplo la Sentencia 6/2011 de 11 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de León.

Dado que las hipotecas con esta cláusula solían firmarse cuando los intereses estaban mucho más altos del tipo de interés que éstas reflejaban, - en torno al 3'5 y el 5% - según el momento de la firma y la entidad bancaria -, los consumidores no solían reparar en ella. Estos adujeron falta de información, mientras que los bancos defendían que no se trataba de una condición general de la contratación, sino que era una cláusula perfectamente negociable.

Precisamente fue ese último argumento de las entidades financieras el que resultó clave después para llegar a un pronunciamiento judicial distinto en instancia superior. Como es lógico, todas las sentencias que hablaban de la abusividad de las cláusulas suelo fueron recurridas por las entidades bancarias, y la primera Audiencia Provincial en conocer de una de estas cuestiones fue la de Sevilla. Así, el 17 de octubre de 2011 se conoció la Sentencia dictada por este órgano sobre la controversia, que declaró como “incuestionable” la legalidad de las cláusulas suelo, pues consideró que “no se trata de ninguna imposición” y que “los hipotecados aceptan esta norma de forma *libre y voluntaria* cuando formalizan los contratos”. Desde entonces, han existido pronunciamientos en ambas líneas⁸².

Así pues, la polémica cláusula suelo debe ser considerada como una cláusula de carácter no abusivo y perfectamente legal, de resolución casuística. No obstante, varias voces han expresado su desacuerdo con dicha resolución⁸³. En primer lugar, resulta más que discutible el hecho de la

consumidores y usuarios”. Sin embargo, la ejecución de dicha sentencia se suspendió, de modo que no existió en la práctica en ningún momento tal eliminación y abstención. La sentencia constaba de tres apartados más, que no aportan mayor información al tema que nos ocupa. Resulta interesante, al hilo de esto, el trabajo de ZURILLA CARIÑANA, M^a Ángeles, *Cláusulas hipotecarias abusivas (algunas reflexiones a la luz de las Sentencias del Tribunal Supremo de 16.12.2009 y del Juzgado Mercantil nº2 de Sevilla de 30.9.2010)*, en el marco del Seminario Permanente de Ciencias Sociales de Cuenca. En este trabajo, la autora desgana las cláusulas hipotecarias declaradas abusivas en dichas sentencias y las razona de una forma clara y concisa.

82 Hasta septiembre de 2011, en primera instancia, había cuatro sentencias al respecto, y dos de ellas daban la razón a los consumidores (Sevilla y León), mientras que las otras dos la daban a los demandados (Alicante y Madrid).

83 Por ejemplo, en un artículo fechado en octubre de 2011 (por tanto, varios meses después de la sentencia judicial que declaraba abusivas las cláusulas suelo, y apenas una semana después de que la Audiencia de Sevilla las volviera a declarar lícitas), llamado *Qué hacer ante las cláusulas suelo*, firmado por el Área Jurídica de la Confederación de Consumidores y Usuarios (CECU), señalando por ejemplo que “...existen dudas sobre su legalidad en la medida en que pueden generar un desequilibrio de los derechos de las partes”, dejando claro que “...son abusivas, a lo que a estos efectos nos importa, las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato”, implicando por todo ello una resolución casuística pues, si bien no directamente por regla general, sí pueden entenderse en algunos momentos como abusivas, algo que también señala el artículo al decir que “se requerirá un estudio de cada caso para

capacidad de negociación de las mismas, como asegura la Sentencia 246/10, que consideraba que se trataba de una condición general de la contratación. En segundo lugar, no puede olvidarse el hecho de que las entidades bancarias gozan de una posición claramente favorable en este tipo de contratos, encontrándonos con una clara falta de equidad entre ambas partes.

Podemos, igualmente, señalar un punto de vista aún más práctico para defender esta tesis, dado que las cláusulas suelo habitualmente se acompañan en la redacción del contrato de su némesis, las denominadas cláusulas techo, teniendo las últimas como finalidad fijar un tipo máximo de interés. Ahora bien, como correctamente se defendió por parte del reclamante de la disputa que derivó en la Sentencia 246/10, estos tipos de interés distan mucho de la realidad del mercado, y alcanzar esos niveles resulta prácticamente imposible, mientras que las cláusulas suelo – como ya se ha demostrado por parte del mercado –, tienen unos niveles de interés previstos que sí están dentro de las condiciones probables del mercado.

Hay que reseñar también que, en el año que transcurrió desde la primera Sentencia – la que declaraba la cláusula suelo como abusiva –, y la segunda, el Tribunal que dictó la inicial consideró que era mejor suspender la ejecución provisional de la medida ante el importante impacto que ello implicaría y el descuadre de cuentas que supondría para las entidades bancarias. Todo lo acontecido no estuvo exento de polémica, pues el juzgado dictó orden de ejecución el 27 de enero de 2011, y el 3 de marzo BBVA y Cajamar anunciaron que no volverían a emplear las cláusulas suelo. Por supuesto, todo cambió con la decisión de algunos tribunales de no considerarla abusiva. En la actualidad, la lucha contra este tipo de cláusulas continúa⁸⁴; si bien todo parece indicar, como señaló en su momento Antonino Joya⁸⁵, que tendrá que ser el Tribunal Supremo quien dicte la solución

determinar, con el mayor grado posible de certeza, si una cláusula suelo de un determinado contrato es o no desproporcionada”. Enlace web: <http://www.cedu.es/campanas/cuadernos/Clausulas%20suelo.pdf>. Consultado el 07-03-12.

84 Concretamente, la Asociación de Impositores de Usuarios de Bichos, Cajas y Seguros (AIRCAR-ADICAE) se está mostrando particularmente activa en esta lucha. En la actualidad, tiene interpuesta una demanda contra las entidades bancarias por este concepto. El 16-02-12, el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid admitió a trámite la ampliación de dicha demanda y el siguiente paso consistió en trasladar dicha demanda a las 101 entidades financieras demandadas. También se ha pedido como medida cautelar que se deje de aplicar la cláusula mientras dura el juicio, pero el éxito aquí no ha sido similar. La controversia todavía está pendiente de resolución. En cuanto al número de personas que se han sumado a la demanda, dicha cifra estaba en torno a los 14.000 en septiembre de 2011.

85 Portavoz de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU). Señaló que tendría que ser finalmente el Tribunal Supremo quien resolviese esta cuestión, al tiempo que remarcó el hecho de que en la actualidad ningún consumidor puede beneficiarse de sentencias favorables en este ámbito, a pesar de que ya existen. Declaraciones extraídas del artículo de Sanz, E., “¿Son realmente abusivas las cláusulas suelo? El Tribunal Supremo tiene la última palabra”, en *Elconfidencial.com*. Enlace web: <http://www.elconfidencial.com/vivienda/2011/09/13/son-realmente-abusivas-las-clausulas-suelo-el-tribunal-supremo-tiene-la-ultima-palabra-84098/>. Consultado el 05-03-12.

final. Un ejemplo de la complicada situación actual, en que cada tribunal parece seguir unas premisas distintas; el 24 de marzo de este año el Tribunal de Primera Instancia número 1 de Cáceres anuló una cláusula suelo a Liberbank (antes conocida como Caja Extremadura) por considerarla abusiva, y condenó a la entidad financiera a devolver 8.500 euros. Se consideraba que suponía un desequilibrio económico al titular de la hipoteca, pues se fijaba un interés mínimo de 4'75% -pasó después a ser del 3'25%-, y un interés máximo del 12%. No obstante, y hasta el pronunciamiento del máximo tribunal, hay que reseñar que la inclusión de este tipo de cláusulas en las hipotecas ya está permitido, bajo ciertos condicionantes, desde la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011.

Respecto a los consumidores, conviene indicar que, de existir, la cláusula suelo en los contratos de hipoteca suele aparecer, dado que tienen una estructura estándar, en la cláusula tercera bis, que es la que acostumbra a describir el tipo de interés aplicable al préstamo.

II.4.2.Cláusulas SWAP.

Estas cláusulas son también conocidas como IRS (acrónimo inglés traducido al español como Permuta de Tipos de Interés), y se trata de un producto que permite cambiar de un tipo de interés fijo a uno variable, y al revés. La aparición de esta cláusula tuvo lugar en 2007, cuando las entidades financieras ofrecieron a sus clientes la posibilidad de protegerse de la subida del Euribor. Realmente, se vendió este producto como una especie de seguro con el que protegerse de dicho Euribor, pero lo que ocurrió fue que se modificó el interés variable de la mayoría de ellos por uno de carácter fijo. Esto implicó que los consumidores pensaban en protegerse de la subida del Euribor, pero ninguno cayó en la cuenta de que saldrían perjudicados en caso de que el tipo de interés reflejado en el Euribor descendiese, como así ocurrió. La cláusula SWAP establecía un interés fijo del 5%, mientras que el Euribor llegó a estar a niveles del 1'24%. Además, cuando los consumidores se planteaban la posibilidad de cambiar su hipoteca a otra entidad financiera, veían cómo el coste de dicha operación se disparaba, pues además de tener que pagar la comisión de subrogación -que oscilaba entre el 0'25% y el 0'5%-, también debían hacer frente a otra comisión adicional, ésta del 5% del capital restante de pagar. Surgió también el denominado Clip (o collar de interés), con un funcionamiento similar pero que, en vez de dejar el tipo de interés fijo, operaba en un arco (o collar) de interés, que podía moverse en una horquilla de entre el 4% y el 5%.

Mucha gente se vio afectada por esta cláusula que, prácticamente, era desconocida hasta

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

hace unos años, y las quejas y la preocupación pronto se extendieron, al tiempo que se hablaba de la presión de las entidades financieras, que llegaban a *obligar* a sus trabajadores a lograr contratar, al menos, una de estas cláusulas por mes⁸⁶.

La principal ventaja de la cláusula SWAP es el hecho de garantizar estabilidad a los consumidores, pues el tipo de interés es fijo durante el período de tiempo pactado con el banco. Como desventajas, está el hecho de que un descenso del Euribor no permite al consumidor beneficiarse del mismo y que, si el consumidor quiere subrogar su hipoteca o cancelarla, deberá pagar comisiones muy elevadas por la llamada cláusula por compensación de Riesgo del Tipo de Interés.

Ya existen pronunciamientos judiciales que invalidan las cláusulas SWAP, entre ellas, una de las primeras fue la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Castropol, en Asturias, el 9 de marzo de 2010⁸⁷. También podemos ver más Sentencias, como la del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Bilbao⁸⁸. Así, y cuando parecía que todo estaba encaminado hacia la declaración de abusivas de las cláusulas denominadas SWAP, la aprobación de la Orden EHA/2899/2011 vino a cambiar el panorama, pues en ella, se legitimó a las entidades financieras a la inclusión de las cláusulas SWAPs, aunque con ciertas condiciones. Tales condiciones son la obligatoriedad de detallar la naturaleza de este seguro y su duración, así como del importe de la prima si fuera el caso. Además, incluye un nuevo indicador para el cálculo de las hipotecas, denominado “*interes rate SWAP*”⁸⁹.

86 SALIDO COBO, Jorge, en *El “swap”, nueva pesadilla de los hipotecados*, en ElMundo.es. Enlace web: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/25/suivienda/1242370906.html> Consultado el 11-03-12.

87 Se declararon nulos los contratos de 3 clientes del Banco Sabadell, que demandaron a la entidad financiera por haberles vendido productos SWAP con la formalización de su hipoteca. El juzgado dictaminó sentencia de la siguiente forma: “no especifica nada sobre los riesgos concretos de la operación de movilidad *swap*, ni de los riesgos de una variación de los tipos de interés”. También indicó que “los clientes se acogieron a la firma del SWAP porque la información ofrecida por el banco les indujo a error sobre las posibilidades de rentabilidad, debido a una información defectuosa”. Al mismo tiempo, el juzgado recordó al Banco Sabadell la obligatoriedad de informar a sus clientes respecto de las variaciones de los tipos de interés, aunque ello pueda implicar un riesgo en la contratación. El propio Banco Sabadell fue también el primero que vio cómo se le declaraba abusiva una cláusula SWAP en el año 2011, en un caso ocurrido en Zaragoza, donde un cliente ganó el pleito porque se entendió que la cláusula que firmó sólo protegía al banco y en ningún caso al cliente, de modo que no había proporcionalidad.

88 Dictada en diciembre de 2010, en la que el juzgado declaró nula una cláusula SWAP y una cláusula suelo del Banco Popular. También a finales de 2010, en Barcelona y contra el propio Banco Popular, fue declarada nula otra cláusula SWAP, el juzgado dictaminó así y declaró “la nulidad de las condiciones particulares y generales del contrato de permuta financiera de intereses”, al tiempo que también entendió nulas las liquidaciones realizadas en virtud de la cobertura del contrato. Para esa fecha, Ausbanc contabilizaba 300 clientes de entidades financieras que afirmaban sentirse engañados por la contratación de un SWAP o un producto análogo, y se calculaba que se habían cerrado tres millones de operaciones de este tipo en todo el país.

89 Cabe reseñar que fue esta misma Orden EHA/2899/2011 la que permitió a las entidades financieras la inclusión en

Los problemas que encontramos en esta cláusula son varios, incluso dejando al margen el hecho de que, casualmente, las entidades financieras comenzaron a ofrecer este producto poco tiempo antes de que los intereses se desplomasen. De un lado, vemos cómo los bancos anunciaron a sus clientes un producto de manera errónea, facilitándoles información incompleta, compleja o falsa, pues mientras ellos pensaban que estaban contratando un seguro contra el Euribor, realmente estaban modificando el tipo de interés de su hipoteca, habitualmente pasando de ser de interés variable, a fijo. De otra parte, se establecía una comisión por subrogación con importantes costes, pues se de media un 5% del restante de la hipoteca.

II.4.3.Los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca.

La primera vez que se reguló este supuesto fue con la Ley de Defensa de los Consumidores de 1984, en su artículo 10.1.c), que decía que las cláusulas y condiciones debían ajustarse en este campo a las exigencias de la “buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones”. Este artículo nos ofrecía un listado de cláusulas que se consideraban contrarias a estos principios -debemos dejar aparte las dudas doctrinales que surgieron respecto a si eran lista abierta o cerrada-. La redacción del artículo pronto recibió críticas por problemas de interpretación, especialmente en su estipulación onceava, que decía que correspondía al profesional los debidos gastos por su naturaleza. Así las cosas, el artículo 10.d) del RD 515/1989 varió dicha expresión, reformulándola y refiriéndose a los mismos como los gastos de preparación de titulación que “por Ley o por naturaleza corresponden al vendedor”. La actual normativa hace alusión a este tema en su artículo 89.3.a).

Por supuesto, la comisión de apertura de la hipoteca se cobra únicamente en el supuesto de que, tras el estudio que realiza la entidad financiera, se apruebe la concesión del préstamo, y en ningún caso cuando dicho préstamo es rechazado.

Respecto de los gastos de constitución de la hipoteca, hay que diferenciar en primer lugar dos clases distintas de hipotecas. La primera de ellas es quizá menos conocida, pero los tribunales fueron claros. Se trata de los gastos de hipotecas constituidas para financiar la construcción de las viviendas. Estas se consideran de carácter abusivo, existiendo varias sentencias a este respecto, ya desde 1993⁹⁰.

las hipotecas, también bajo ciertas condiciones, de las denominadas cláusulas suelo.

90 Como las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 08-10-93 y de 09-12-93. Este mismo Tribunal

Además, existe el llamado gasto de subrogación, que también ofrece importantes problemas. Si bien lo habitual es pensar en el hecho de que sólo podemos encontrarnos ante esta cláusula cuando nosotros mismos decidamos cambiar de entidad financiera con la que tenemos firmada nuestra hipoteca, esto no siempre es así. De un tiempo a esta parte, se ha hecho habitual que la constructora firme una hipoteca con algún banco y, posteriormente, que dicha hipoteca pase de modo automático al comprador de la vivienda. Así, es el comprador quien acaba subrogándose en el lugar del vendedor. En este caso, los tribunales han dejado claro que el vendedor no podrá hacer que el comprador pague los gastos de constitución de la hipoteca que se correspondan con la financiación de la construcción⁹¹, mientras que será tema aparte la subrogación en la posición del vendedor. Respecto a esto, hay quienes lo asimilan a la comisión de apertura en las hipotecas de nuevo cuño, y la negociación es muy compleja si no se realiza en el momento de la firma del contrato de compraventa de la vivienda. Para dirimir si es o no una cláusula abusiva, resulta tan sencillo como acudir al TrLGDCU, donde, en su artículo 89.3.b), encontramos la respuesta, pues nos dice: “En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: [...] 3.b: La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas: la estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación”⁹².

pronunció otras más en la misma línea, el 28-01-94, el 8-07-94 y el 20-04-98. Concretamente, la sentencia de 09-12-93 examinó el carácter abusivo de dos condiciones generales recogidas en los contratos privados de compraventa de viviendas. En una de ellas se decía: “son de exclusivo cargo del comprador todos los gastos, honorarios, impuestos y arbitrios (incluso plusvalía) que se deriven del otorgamiento de las escrituras de obra nueva, división horizontal, compraventa, condición resolutoria, constitución, modificación o cancelación de hipotecas u otras cargas, protocolización de Estatutos de Comunidad o Reglamentos de Régimen Interior; aclaración, subsanación y cualesquiera otras que hubieran de otorgarse, así como los que se ocasionen como consecuencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad a todos los documentos anteriormente aludidos”. La Sentencia declaró su abusividad y su nulidad de pleno derecho, y condenó a la promotora a devolver las cantidades por ella percibidas con base en dicha cláusula. Información extraída del libro de CAÑIZARES LASO, Ana, *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Madrid, Tecnos, 2006, pp.223.

91 Por ejemplo, en la STS 02-02-99, la SAP de Madrid de 20-04-98 o la SAP de Madrid de 24-05-02; en esta última, se declara que, cuando es difícil determinar qué parte del préstamo se aplicó a la fase constructiva y cuál a la adquisición de la vivienda, basta con que una parte sustancial de la hipoteca se haya aplicado a la financiación de la construcción, o su división y cancelación, para que la consecuencia sea la nulidad prevista en la Ley. Eran cláusulas del estilo: “En el momento de la entrega, el comprador se compromete a subrogarse en la hipoteca que exista sobre la vivienda, aceptando las condiciones financieras pactadas en la misma. Podrá cancelarla a su criterio, aceptando asumir los gastos que de ello se deriven”.

92 Encontramos también sentencias judiciales que confirman esto, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de abril de 2006, donde dicha cláusula fue declarada como abusiva, en contrapunto a la sentencia original, de 14-06-04, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 58 de Madrid. Para mayor análisis de este concepto, se recomienda la lectura del estudio de ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa, “*La subrogación del comprador de vivienda en la hipoteca del promotor-vendedor; comentario al artículo 1.14 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios*”, en *Saberes, Revista de estudios jurídicos*,

Se calcula que los gastos de constitución de la hipoteca son aproximadamente una cantidad entre el 10% y el 11% del precio total de la compra, si bien varía en función del tipo de vivienda adquirida y de la Comunidad Autónoma. Por un lado, encontraremos los gastos de compraventa de la vivienda – notaría, registro, gestoría, Impuesto sobre el Valor Añadido, Impuesto de Actos Jurídicos Documentados e Impuesto de Transmisiones Patrimoniales -, y de otro, los gastos de constitución de la hipoteca. Dichos gastos serán de tasación (obligatoria por ley, debe realizarse por profesionales inscritos y registrados en el Banco de España), de notaría (se trata de un “gasto de realización de escritura pública del préstamo hipotecario otorgada por el notario certificando la operación. Su cálculo se realiza en función del valor de responsabilidad hipotecaria [suma de todos los conceptos que son garantizados mediante la hipoteca], sobre la que se aplica una tarifa establecida legalmente”)⁹³. Los gastos de gestoría y registro son otros dos más a considerar, sin olvidarnos del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, así como del seguro de nuestra vivienda, que es obligatorio, y de la comisión de apertura de la hipoteca, que es un importe sobre el porcentaje del préstamo. Hay que insistir en el hecho de que, mucha gente, no conoce la cantidad de gastos que genera la hipoteca por su mera constitución, y por ello existen simuladores hipotecarios que, si bien no son exactos, sí ofrecen valores muy aproximados, y con los cuales los futuros compradores de vivienda pueden comenzar a familiarizarse con los gastos a que deberán hacer frente⁹⁴. Por su parte, la comisión de apertura no ofrece problemas de carácter legal, y suele suponer en torno al 1% del importe del préstamo.

Por supuesto, en cada hipoteca pueden encontrarse cláusulas de lo más diversas, como la consultada por parte del Servicio de Consumo de la Delegación Provincial de Salud de la Junta de Andalucía, que formulaban una cuestión al Centro de Estudios de Consumo en relación a la

económicos y sociales, volumen I, año 2009. A efectos de no complicar la lectura de este trabajo para los legos en Derecho, reseñar que la Ley 44/2006 fue sólo una modificación de algunos artículos de la LGDCU de 1984, derogada después por la actual normativa. Otras sentencias que llegan a la misma conclusión son, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 27-07-98, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23-06-03. Existe, también, una corriente doctrinal que defiende que si el comprador se subroga en una hipoteca constituida inicialmente por el vendedor, le corresponderá al primero abonar los gastos derivados de cancelar la hipoteca, por considerarlo un acto unilateral de dicho comprador; en esta línea se expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 08-10-03, que consideró que si dicha hipoteca no servía sólo al constructor para financiar la construcción, sino también al comprador para financiar su adquisición, debía ser éste último quien sufragase los gastos, al verse igualmente beneficiado en la operación y aceptarla.

93 Definición extraída de la página web “hipotecacreditos.com”, enlace:

<http://www.hipotecacreditos.com/2009/01/gastos-hipoteca-compraventa-iva-iajd.html>. Consultado el 12-03-12.

94 Existen también las páginas web que sirven de enlace para que cada usuario pueda acudir a diversos simuladores hipotecarios y así comparar resultados. A continuación, se ofrece el enlace de una de estas páginas: <http://www.simuladorhipotecas.info/simulador-gastos-hipoteca.php>. Consultado el 12-03-12.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

siguiente cláusula: "Decimoquinta.- GASTOS. Todos los gastos e impuestos que devenga este contrato durante toda su vigencia, serán en exclusiva de cuanta y cargo del/los Titular/es, quien autoriza/n a CAM para que pueda debitarles en la propia cuenta. También lo serán los honorarios de Letrado y derechos y suplidos de Procurador que CAM utilizare si hubiere de acudir a cualquier reclamación judicial aunque su intervención no fuera preceptiva." En el artículo en cuestión, se aboga por la abusividad de la cláusula⁹⁵.

Al margen de todo lo reseñado con anterioridad, resulta fundamental el hecho del deber de información previa, pues la entidad financiera tiene la obligación de informar al consumidor respecto de las comisiones aplicables al préstamo hipotecario; ya sea respecto de las comisiones de apertura, como de las de amortización total o parcial.

No podemos olvidar el hecho de que las entidades financieras prestan dinero al comprador de una vivienda, mediante la figura de la hipoteca, porque éste les garantiza la devolución del montante prestado, al que hay que sumar unos intereses. Si el consumidor, por los motivos que sean, consigue la cantidad económica que adeuda a la entidad financiera antes de lo que pensó, y busca poner fin a su hipoteca antes del tiempo fijado inicialmente -o si simplemente prefiere cambiar de entidad financiera con quien llevar su hipoteca -, existen cláusulas que imponen un coste a dicha operación. Cuando se busca realizar esto, hay que considerar cómo está formulada la hipoteca, pues podemos encontrarnos con comisiones que nos cobre la entidad, ya sea por cancelación parcial o total, y que además variarán en función del tipo de interés que se tenga -habitualmente, dichas comisiones son mayores cuando se trata de un tipo de interés fijo-. También es importante saber si existen límites mínimos o máximos para dicha cancelación y, en caso de permitirse un adelanto parcial del pago, resulta básico saber si se puede optar entre reducir el número de años de duración de la hipoteca o reducir la cuota periódica o si, por el contrario, no se puede elegir y únicamente se admite una de estas dos posibilidades.

Para las condiciones financieras de las hipotecas, que es el supuesto tratado en esta sección, resulta importante la Orden de 28 de octubre de 2011, denominada EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios de las condiciones financieras de los

⁹⁵ MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual; *Es abusiva la cláusula que impone al consumidor en todo caso los gastos del préstamo hipotecario*, en Centro de Estudios de Consumo (CESCO).

préstamos hipotecarios, entre otras⁹⁶, y que viene a sustituir a la Orden de 5 de mayo de 1994.

II.4.4. Los seguros vinculados a los préstamos hipotecarios.

No resulta extraño, a la hora de contratar una hipoteca, que la entidad financiera exija como medida de garantía extra la contratación de algún tipo de seguro. Estos seguros pueden ser de lo más variados, si bien hay que reconocer que algunos son obligatorios, como nos indica el RD 716/2009 de 24 de abril. Siguiéndolo, vemos que aquellos bienes sobre los que se constituya una garantía hipotecaria deben contar con un seguro contra daños que sea adecuado a la naturaleza de estos bienes, así como aquellos bienes sobre los que se constituya la hipoteca deben estar asegurados contra daños por el valor de su tasación. En lo que no existe obligación es en el hecho de que haya que hacerlo, por fuerza, con la misma entidad bancaria con la que se haya constituido la hipoteca -si bien no deja de resultar más cómodo-.

Una sobregarantía, no obstante, no es precisa. Y esto es lo que implica la exigencia de algunas entidades financieras de suscribir un seguro de vida, algo que también será exagerado si se exige un seguro de invalidez o desempleo, como señala MONTES RODRÍGUEZ⁹⁷. Para encontrar justificación legal a esta premisa que estamos defendiendo, basta un vistazo al artículo 88.1 del TrLDGCU⁹⁸.

Uno de los seguros más comunes es el que se suscribe contra los daños. Según la doctrina, no hay obligación legal impuesta al deudor hipotecario de asegurar, pero la práctica es distinta a

96 Más normativa específica en esta materia sería la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario, que fue modificada por la Ley 41/2007; la Ley 2/2009, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación; y el RD 716/2009. Para un estudio más pormenorizado de la Orden EHA/2899/2011, se recomienda la lectura del artículo de MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, en Centro de Estudios de Consumo, (CESCO). En dicho artículo, que realiza una disección de la Orden, vuelve a quedar de manifiesto la vital importancia de la información como paso previo y obligatorio de las entidades financieras a la hora de la contratación de sus productos bancarios.

97 En referencia a la contratación de este tipo de seguros vinculados a la suscripción de una hipoteca, el autor señaló que: “estas cláusulas suponen una mayor garantía en beneficio exclusivo de la entidad bancaria y pueden ser calificadas de sobregarantía abusiva cuando no resultan proporcionadas a los riesgos que corre la entidad bancaria”. También señala que, por ejemplo, sería distinto el supuesto de obligación de suscripción de un seguro de incendios sobre la finca hipotecada, puesto que esto sí sería lógico y no se trataría de una sobregarantía, a no ser que se obligase a contratar dicho seguro a unas tarifas superiores a las de mercado, o a pesar de que el cliente contase ya con otro seguro para esta misma situación. “*Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios*”, en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, Pamplona, 2000.

98 Art. 88.1 TrLDGCU: “En todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan: La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica”.

esta corriente de opinión. Así, lo habitual es trasladar dicha obligación al consumidor, condicionando la concesión del préstamo a la suscripción este seguro de daños, lo que implica presentar la póliza y los recibos para demostrar que se está al corriente de pago. Ahora bien, la norma deja clara constancia de que no se puede obligar al consumidor a elegir una entidad aseguradora u otra, pues rige la libertad de elección, como además puede extraerse del artículo 89.4 del TrLGDCU⁹⁹. Además de esto, tampoco se puede imponer al consumidor la suscripción de un seguro de daños que cubra más allá del continente, o que cubra inmuebles que no sean objeto de la hipoteca, dado que de producirse estos supuestos, nos encontraríamos ante cláusulas abusivas por suponer la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido, y por suponer un desequilibrio contractual importante en perjuicio del consumidor, siguiendo los artículos 82 y 88.1 del TrLGDCU¹⁰⁰. Los riesgos que deben ser cubiertos por el seguro de daños son los sufridos en el inmueble por incendio, explosión, tormenta, elementos naturales distintos de tempestad, energía nuclear, hundimiento de terreno, granizo o helada y, en ningún caso, puede imponerse la contratación de seguros que cubran daños distintos, como podría ser el robo.

Otro tipo de seguro vinculado en ocasiones a las hipotecas es el de amortización en caso de fallecimiento, invalidez, desempleo o insolvencia. Este seguro es abusivo en virtud del artículo 88.1 del TrLGDCU, puesto que se imponen al consumidor garantías desproporcionadas en relación al riesgo asumido, al entenderse que la hipoteca ya es suficiente garantía para el acreedor.

II.4.5. La actual polémica de la dación en pago.

Con el momento de crisis que estamos viviendo en la actualidad, donde los desahucios están

99 Art. 89.4 TrLGDCU: “En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados”

100 Art. 82 TrLGDCU: “1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. // 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. // 3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. // 4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”. (Art. 88.1 TrLGDCU transcrito en la página anterior).

a la orden del día, ha salido a la palestra una nueva figura. La actual legislación no implica que, cuando la entidad financiera se quede el inmueble desalojado, la deuda con la misma quede condonada, de modo que muchos consumidores se ven en la calle desprendidos de su vivienda, pero arrastrando una deuda de cuantías más que importantes, porque la entidad financiera es quien tiene la potestad decisoria respecto a si la deuda ha sido o no satisfecha. Así, varias Asociaciones han comenzado a reclamar la aplicación de la dación en pago, que básicamente consiste en que la casa debe saldar la deuda contraída por el consumidor con el banco.

Si bien no hay pronunciamiento judicial en la actualidad relativo al hecho de si es o no abusivo que la entidad financiera se quede la vivienda de un consumidor y además éste le deba parte de la compra de la misma, incluso los propios jueces han reclamado en alguna ocasión la modificación de la Ley Hipotecaria, para que la casa salde la deuda¹⁰¹. Como defienden estos jueces, si bien el Código Civil no habla de la dación en pago como modo de extinción de las obligaciones, puede interpretarse que es posible en virtud de los artículos 1521 y 1636¹⁰². Como bien se señala en el artículo antes reseñado, en enero de este año la Audiencia de Navarra dictó “una sentencia en la que consideró devolver al banco un piso hipotecado como cancelación de una hipoteca. El juez argumentó que la causa de la crisis económica viene dada por *la mala gestión del sistema financiero y las hipotecas basura*”.

En referencia a este problema, ya hubo pronunciamientos sobre él con el pasado movimiento 15-M, concretamente, se redactó en Vigo, por parte del grupo de Subcomisión de vivienda y servicios públicos, de su Comisión Jurídica, un manifiesto donde estipulaban propuestas concretas para mejorar la situación, entre las que se encontraba la dación en pago¹⁰³.

Pero, mientras se espera que los políticos muevan pieza para regular – o no -, esta figura en

101 Se trata de los jueces miembros de la asociación valenciana Jueces para la democracia, que abogan por una reforma del Código Civil y la legislación, al considerarla injusta en estos momentos. Extraído del artículo de GÓMEZ VALENCIA, Neus, *Los jueces piden una reforma de la Ley Hipotecaria para que la casa salde la deuda*, en Levante-emv.com. Enlace web: <http://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2011/03/28/jueces-piden-reforma-ley-hipotecaria-casa-salde-deuda/793822.html>. Consultado el 13-03-12.

102 Art. 1521CC: “El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago”.

Art. 1636CC: “Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica”.

103 También se hablaba de otras propuestas relacionadas con el tema de vivienda, como permitir la dación en alquiler a familias sin recursos, crear un procedimiento concursal específico para las familias y la exigencia de responsabilidades y explicaciones ante el Parlamento a los máximos dirigentes de Cajas de Ahorro y Bancos, pero especialmente a los de las primeras.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

nuestro ordenamiento, ya se están produciendo movimientos tangibles en la calle para llevar la propuesta a las autoridades. Coincidiendo con el día de San Jorge, se puso en marcha la Iniciativa Legislativa Popular, con el fin de lograr la dación en pago. Aproximadamente se recogieron 1.100 firmas en el primer día en Cataluña, que fue una de las Comunidades Autónomas más dinámicas en este aspecto. Son necesarias 500.000 en medio año para poder presentar la propuesta.

Por todo lo reseñado, existen argumentos que permiten sostener la tesis de la abusividad de la no aplicación de la dación en pago, ya que las entidades financieras están quedándose en propiedad con inmuebles que libremente pueden tasar y, con ello, obligar al consumidor a seguir pagándoles por algo que ya no posee. Si bien es cierto que los usuarios cometieron errores de cálculo al asumir sus hipotecas, no lo es menos que las entidades financieras no están cumpliendo el precepto de reciprocidad y asunción de su parte de riesgo correspondiente, cargando todo el peso de las cargas negativas sobre los consumidores, como deberían hacer, en virtud del artículo 87 del TrLGDCU, e incluso en virtud del 85 del mismo cuerpo legal¹⁰⁴. Se está dotando al empresario – a la entidad financiera, en este caso –, de capacidad decisoria unilateral – en la actualidad, son ellos quienes deciden si la deuda queda satisfecha con la entrega del inmueble o no-.

Así, a la espera de pronunciamientos judiciales respecto a esta propuesta, y con la Iniciativa Legislativa Popular todavía en plazo de recogida de firmas a la hora de finalizar estas líneas, no cabe duda de que nos encontramos ante la polémica actual más importante en relación con las hipotecas. Pero lo que es aún más seguro, es que ni mucho menos será la última.

En resumidas cuentas, hemos podido observar cómo el sector inmobiliario y el bancario son dos de los más complejos a la hora de enfrentarnos a las cláusulas contractuales abusivas, siendo de los que mayor número de reclamaciones presentan anualmente. El punto de conexión más claro entre ambos mundos son las hipotecas, que afectan a la gran mayoría de la población en algún momento de su vida.

104Art. 87 TrLGDCU: “Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario”.

Art. 85 TrLGDCU: “Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas”. A continuación, también este artículo hace referencia a situaciones específicas en sus distintos subepígrafes.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

Para poder plantar cara a unos problemas cada vez más extendidos, las Asociaciones de Consumidores han comenzado a plantear demandas de carácter colectivo ante una situación que parecía por momentos escaparse de las manos y ser cada vez más problemática. Las cláusulas en este sector son de lo más variadas, y muchas de ellas han estado en alguna ocasión bajo la duda de si son o no abusivas.

Hemos visto incluso que los pronunciamientos judiciales han variado en función del tribunal que conoció de la cuestión en algunas cláusulas, mientras que otras parecían claras desde el principio. Igualmente, si bien ya hay decisión definitiva respecto de algunas de ellas -como los gastos de constitución y cancelación, o los seguros u otros productos bancarios vinculados a las hipotecas-, otras se encuentran de plena actualidad y acumulan a esta fecha minutos en los medios de comunicación. Si en los últimos años ha sido la cláusula suelo el material estrella de este sector, ahora nos encontramos con la petición de la dación en pago, cuya posibilidad de abusividad podemos defender según en qué punto del contrato nos centremos.

III. Prácticas y perspectivas sobre las cláusulas contractuales abusivas en las hipotecas.

Resultados de la investigación.

La compra de una vivienda siempre ha supuesto un gasto muy importante para los ciudadanos, pero los niveles vividos en los últimos años han implicado que la necesidad de endeudamiento para poder hacer frente a la adquisición de una se haya doblado -los precios incrementaron un 107% en siete años¹⁰⁵-. Por su parte, en ese mismo período de tiempo, los salarios sólo se incrementaron en un 34%, lo cual nos permite hacernos una idea de lo complicado que se ha vuelto el panorama. Además de todo esto, en 2008 se calculaba que el 20% de la población española estaba excluida del mercado inmobiliario, y que el gasto social del Estado en esta materia apenas alcanzaba el 1'7%, situándose dos puntos porcentuales por debajo de la media europea¹⁰⁶.

En lo que respecta a transacciones realizadas, en el año 2008 en nuestro país se produjeron 564.464 operaciones, mientras que en lo respectivo a Aragón la cifra fue de 16.383 (y de ellas, más de 9.000 tuvieron lugar en Zaragoza). El año 2009 vivió un bajón de las ventas, cifrado en unas 2.000 viviendas en nuestra Comunidad Autónoma, y casi 100.000 en el país. Para el siguiente año, 2010, las ventas mejoraron, alcanzando 491.061 en España y 15.127 en Aragón. El por qué de tal mejoría nada tuvo que ver con el mercado como única variable, sino que los expertos consideran que influyó la reducción de precio del metro cuadrado por vivienda (un 4'2%), y el anuncio de la reforma del IRPF que se tenía intención de realizar al año siguiente. Además de esto, hay que significar que, mientras la compra de vivienda nueva era superior a la usada en el año 2009 -y la mentalidad de la mayoría de los entrevistados viene a decirnos que los españoles prefieren adquirir una vivienda a estrenar, incluso sobre plano, con los problemas que de ello puede derivar como ya hemos visto-, en el siguiente ejercicio en España se vendieron casi 100.000 viviendas más usadas que nuevas, mientras que en Aragón también el número de vivienda usada fue superior a la nueva, en casi mil transacciones¹⁰⁷. Mientras, en el año 2011 el total de traspasos quedó cifrado en nuestra Comunidad Autónoma en 9.260, síntomas claros de descenso de ventas. Los últimos datos disponibles hacen referencia al primer semestre de este año, donde se han vendido en Aragón 2.222

¹⁰⁵Según datos de un *Informe de La Caixa* en el año 2004. Con la llegada de la actual crisis y la caída del mercado inmobiliario, la lógica parecía apuntar a la reducción de los precios de las viviendas. Si bien es cierto que los precios han bajado, desde luego no lo han hecho en la proporción que cabría esperar de una crisis de las magnitudes de la que nos atenaza en la actualidad.

¹⁰⁶RODRÍGUEZ GARCÍA, Antonio; Asociación Prohabitatge; *Informe Anual 2008 Estado Español: soluciones residenciales para personas sin-hogar*. FEANTSA, julio 2008.

¹⁰⁷Datos extraídos del *Informe sobre la situación económica y social de Aragón; Panorama Económico 2010*, pp. 138-162.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

viviendas, aproximadamente 700 menos que en el último trimestre de 2011, pero casi 400 más que en el mismo trimestre del pasado año¹⁰⁸.

Al margen de dicha información, en el período comprendido entre 2007 y 2010 se han producido casi medio millón de embargos, mientras que los desahucios han llegado a alcanzar los 270.000, y la situación continúa empeorando; de hecho, las previsiones para el año 2011 multiplicaban por cinco a los embargos realizados en 2007. Como se señala desde la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros, (E.6), -AICAR-ADICAE de ahora en adelante-, los préstamos y créditos hipotecarios en España se han llevado a plazos superiores a los 30 o los 40 años, algo en lo que ha influido la vertiginosa subida de precios, que también ha implicado que la proporción entre la renta y el endeudamiento de las familias haya pasado del 45% en el año 1995 hasta el 76'7% que existió en 2001, pero ha seguido aumentando a un ritmo frenético, posicionándose en el 140% en el año 2008¹⁰⁹. Si hace menos de una década resultaba en España anecdótico -por lo improbable de su aplicación práctica-, el ejemplo japonés de deudas a cincuenta años o que debían terminar de pagar los hijos de los compradores iniciales, ahora la situación en nuestro país está más próxima a esta realidad de lo que jamás llegamos a imaginar.

Así, mientras desde AICAR-ADICAE (E.6) se asegura que esta situación es insostenible y que se necesita una mejor regulación de este sector, no parece existir proyecto alguno al respecto. De hecho, como hemos podido observar al analizar las distintas cláusulas abusivas, en muchas los pronunciamientos judiciales son distintos en una instancia y en otra, o en una provincia y otra, lo cual conlleva inseguridad jurídica y la casi imperiosa necesidad de clarificar algunas normas. No obstante, desde la propia AICAR-ADICAE se han presentado varias alternativas, como una Proposición de Ley para la mejora de los derechos de los consumidores y la protección de sus viviendas; las Propuestas de Enmiendas al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal o la Propuesta de Moratoria Hipotecaria para la paralización de los procesos judiciales y embargos hipotecarios. De muchas de estas propuestas, si bien hasta cierto punto radicalizadas en su discurso -según aseguran desde la propia AICAR-ADICAE-, se hizo eco el movimiento 15-M.

Tras las entrevistas realizadas a responsables de sucursales de entidades financieras (E.4 y

¹⁰⁸Datos extraídos de la página web del Ministerio de Fomento. Enlace: <http://www.fomento.gob.es/BE2/?nivel=2&orden=34000000> Consultado el 24-05-12.

¹⁰⁹Datos extraídos de la Propuesta de Moratoria Hipotecaria de la Plataforma Hipotecaria de AICAR-ADICAE para la paralización de los procesos judiciales y embargos hipotecarios.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

E.5), se garantiza que los bancos no han modificado las exigencias a la hora de conceder créditos, pero también que si los productos que ofrecen son ahora más caros, es por el simple hecho de que el valor del dinero, con la crisis, ha aumentado y ahora es mayor¹¹⁰. Por su parte, en la entrevista realizada con AICAR-ADICAE (E. 6), la posición es totalmente distinta, pues desde aquí se asegura que sí que han modificado las exigencias a la hora de conceder las hipotecas, y que benefician las viviendas que ellos tienen en cartera, posición que no es desmentida por las entidades financieras y que, ahondando un poco más, llegan a asegurar dos de los compradores entrevistados (David, E.7 y Jesús, E.12), que afirman que se les concedían mayores descuentos y facilidades si adquirían una vivienda propiedad de la entidad financiera con quien negociaban la hipoteca que si la compraban de un tercero. Todo esto puede ponerse en relación con la afirmación del profesor Miguel Córdoba ya vista en este trabajo, donde hablaba de la necesidad de vincularse al 100% con una entidad financiera para que ésta concediese una hipoteca. Además, uno de los entrevistados (Jesús, E. 12), aseguró que, si bien no se le obligaba a adquirir ningún producto con la entidad con quien finalmente firmó la hipoteca, sí que el hecho de incorporarlos le permitía conseguir beneficios adicionales en dicha hipoteca que, de otro modo, no podría conseguir -más o menos, un modo de saltarse la normativa que impide obligar a los clientes a contratar otro tipo de servicios, como ya se ha visto en este trabajo con los seguros vinculados, por ejemplo-. En su caso, se trató de asegurar la vivienda con ellos y abrir un plan de pensiones -la nómina ya la tenía en ese banco-. Precisamente, una de las preocupaciones de este mismo entrevistado tenía que ver con el hecho de que no había encontrado el problema en su hipoteca, porque

“no me creo que haya encontrado la hipoteca perfecta siendo que en las demás encontré en casi todas algún problema. Seguro que tienen entre ellos acuerdos para que todos ofrezcan condiciones parecidas”

Otra importante queja de AICAR-ADICAE (E. 6) tiene que ver con el hecho de que, hasta hace unos años, desde las propias entidades financieras se animaba a los clientes que solicitaban hipotecas a aumentar el préstamo de las mismas, para que así los clientes pudieran hacer frente a los gastos de amueblar su vivienda o, aprovechando que se metían en la compra de una, cambiar también de automóvil, -de este punto un par de consumidores entrevistados nos dan fe (Jorge, E.10

¹¹⁰Además, y en todo momento, los entrevistados en representación del punto de vista de las entidades financieras negaron que la intención de los bancos fuera aprovecharse de sus clientes, y que el hecho de que hubiera alguna cláusula puntual que pudiera resultar considerada abusiva eran anécdotas. También quisieron dejar clara constancia de que en su entidad financiera no se procedía a ese tipo de prácticas. No obstante, y si bien no se pueden dar mayores datos por la solicitud de ambos de confidencialidad, una de las sucursales sí pertenecía a un banco afectado por alguna de las recientes sentencias respecto a la abusividad de sus cláusulas en las hipotecas, que ya se han mencionado con anterioridad en este trabajo.

y Juan Luís, E.8), asegurando el primero que le ofrecieron junto al crédito de su hipoteca una ampliación para poder comprarse un nuevo vehículo y que terminó aceptando, mientras que el segundo asegura que se lo ofrecieron para comprar los muebles pero que declinó la propuesta-. Tanto esta práctica, como el hecho de asegurar más del 80% del valor de la vivienda, alcanzando en algunos casos la totalidad del precio, fue algo habitual hasta hace poco, yendo incluso en contra de lo estipulado por la Ley del Mercado Hipotecario. Esta medida, además, también es confirmada por la profesora María José González Ordovás (E.2), que al igual que AICAR-ADICAE (E. 6), se muestra contraria a estas prácticas que antaño ejercían las entidades financieras, y que suponían un riesgo desproporcionado. De hecho, la profesora alude, como claro ejemplo de la locura inmobiliaria desatada hasta hace poco en España, a la situación de Bankia, cuyos activos fueron en su mayor parte destinados al sector inmobiliario¹¹¹, y que a la hora de escribir este trabajo todavía está viendo cómo el Gobierno le inyecta liquidez para salvarla, en cotas que ascienden a más de 23.000 millones de euros. Una entidad financiera por la que algunos entrevistados muestran su preocupación (Juan Luís, E.8 y Roberto, E.11), sobre todo por el hecho de que ellos firmaron su hipoteca con dicha entidad y no ven claro lo que puede ocurrir.

Mientras, en la actualidad, una de las cuestiones que más preocupan a la sociedad es el hecho de los impagos y los desahucios, que ocupan ya buena parte de la información diaria en prensa y televisión. Desde AICAR-ADICAE (E. 6) se defiende, como ya se ha señalado con anterioridad, la moratoria hipotecaria, y destacan que de llevarse a cabo no puede realizarse del modo realizado en el año 2008 por el Gobierno, que colaboró para esto con el Instituto de Crédito Oficial, pues no se ha conseguido ninguno de los objetivos previstos. Es más, “dicha moratoria ha sido una mera *carencia subvencionada* y buena muestra de ello es que tres años después de ser adoptada, muy pocas hipotecas se han podido beneficiar de esta medida. En cifras, de los 6.000 millones habilitados en la línea, sólo se utilizaron 73, lo que supone un gasto de sólo el 0’08% del montante total de la línea del ICO”¹¹². Algo que parece claro, no obstante, es el hecho de que las

¹¹¹Bankia saltó a la palestra de la opinión pública en mayo de 2012, merced al rescate del gobierno español, que destinó 23.000 millones de euros a salvarla de una posible quiebra, en varios ingresos. Los errores de Bankia se fundamentaron en las inversiones industriales pero, sobre todo, en las operaciones inmobiliarias, pues resultó práctica habitual durante el boom inmobiliario *hinchar* la tasación de las viviendas para conseguir cuantiosos beneficios con la devolución de los préstamos y sus intereses por parte de sus clientes. El problema llegó con la crisis económica, cuando éstos clientes no pudieron hacer frente a los pagos y el banco procedió a su desahucio, viendo una acumulación tal de bienes inmuebles -que se denominan en algunos momentos bienes tóxicos-, que hizo peligrar su continuidad. La profesora Ordovás justificaba la intervención gubernamental por el hecho de que, de caer en quiebra, sería el fondo salarial quien debería hacerse cargo del pago de las deudas y la atención a los clientes del grupo financiero, suponiéndole mayores costes al Estado.

¹¹²Datos extraídos de la Propuesta de Moratoria Hipotecaria de la Plataforma Hipotecaria de AICAR-ADICAE para la

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

ayudas prometidas por el Gobierno no están bien encauzadas o resultan sumamente complejas, pues tampoco la ayuda para el alquiler de vivienda a los jóvenes -denominada Renta Básica de Emancipación y dotada con 210 euros al mes- consiguió nunca los objetivos previstos, como bien comprobó uno de los compradores entrevistados (Rubén, E. 9), quien afirma que además a la administración le costó muchísimo tiempo darle respuesta alguna respecto a su solicitud¹¹³.

Por su parte, un tipo de vivienda poco conocido -y casi podemos asegurar que peor desarrollado-, es la vivienda social en régimen de alquiler. No es objeto de este trabajo, pero baste reseñar que este tipo de vivienda no llega al 2% del total del parque habitacional¹¹⁴.

Para continuar ahondando por esta senda, conviene destacar las cifras de Viviendas de Protección Oficial entregadas en los últimos años en nuestra ciudad, como ejemplo más cercano. Tal cifra ha ido decayendo conforme avanzaban los años desde el inicio de la crisis, en términos porcentuales se ha pasado de que sean un 9'4% del total en 2007 -antes del inicio de la actual crisis-, a su máximo de un 26'2% en 2009. Después, el porcentaje disminuyó al 18% en 2010 y bajó aún más, al 9'2%, el pasado año. Para clarificarlo aún más, vemos cómo el número de calificaciones definitivas para construir VPO en Aragón, entre planes nacionales y estatales, ascendió en 2008 a 4.956 viviendas, mientras que para 2011 ya ha descendido a 981, cifras parejas a los años 2006 y 2007¹¹⁵. En el primer trimestre de 2012 sólo se han entregado 23 viviendas de estas características en nuestra ciudad, como se desprende de los datos recientemente publicados por el Ministerio de Fomento. Así, muchos compradores han tenido que declinar esta opción y buscar vivienda libre, que lógicamente es donde mayor número de cláusulas contractuales pueden darse al estar menos tasadas (David, E.7 y María Pilar, E.13). Otros sí consiguieron una VPO (Jorge, E.10), si bien es cierto que se le entregó la vivienda hace tres años -el momento álgido- y estaba apuntado junto a su pareja, algo que *facilita* tener suerte en el sorteo, que es realmente como se vive la noticia. Y es que, como comenta el entrevistado, la sensación es parecida a que toque la lotería. Un ejemplo claro de la

paralización de los procesos judiciales y embargos hipotecarios.

113Además de dichos retrasos administrativos en la resolución de las solicitudes, se calculaba que fueron alrededor de 300.000 jóvenes de entre 22 y 30 años los beneficiarios de unas ayudas que, finalmente, fueron suprimidas al iniciarse el año 2012. Información extraída del artículo *El Gobierno pone fin a la Renta Básica de Emancipación y mantiene el IVA al 4%*, en *Elmundo.es* 30/12/11, enlace web: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/12/30/suvienda/1325253319.html>. Consultado el 08/06/12.

114RODRÍGUEZ GARCÍA, Antonio; Asociación Prohabitatge; *Informe Anual 2008 Estado Español: soluciones residenciales para personas sin-hogar*. FEANTSA, julio 2008. p. 36.

115Datos extraídos de las series estadísticas del Ministerio de Fomento. Enlace: <http://www.fomento.gob.es/BE2/?nivel=2&orden=31000000>. Consultado el 08/06/12.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

reducción del número de pisos VPO entregados en nuestra ciudad es la reflexión que hacía una trabajadora de la sociedad municipal Zaragoza Vivienda en un breve diálogo mantenido con ella, pues aseguraba que en la actualidad, en el barrio de Arcosur -no lo olvidemos, el que mayor cantidad de viviendas nuevas tiene en construcción en la actualidad en nuestra ciudad-, ellos no disponen de una sola vivienda para entregar/sortear. De hecho, hoy día, uno de los mecanismos más habituales para hacer frente a la compra de una vivienda es el hecho de que los propios futuros dueños de las viviendas se adhieran a una Cooperativa, (María Pilar, E.13), con los problemas que ello puede conllevar. Por ejemplo, como asegura la entrevistada, el hecho es que ahora mismo tienen penalización si deciden echarse atrás, y que dado que en su comunidad -cuya fecha de entrega está prevista para finales de verano de 2013, pero que ya ha sido retrasada hasta en dos ocasiones, algo que es un problema de lo más habitual, como ya hemos visto-, faltan todavía cuatro pisos por venderse, ni siquiera el hecho de llevar un nuevo comprador les permite liberarse y dejar la cooperativa sin penalización alguna, asegurándole en la cooperativa que hay sentencia al respecto -pero no facilitando más datos sobre la misma-. No obstante, la situación no es siempre el hecho de no disponer de pisos VPO que vender, -ya no rige el tanto construido, tanto vendido-, sino que muchas personas deben renunciar a la vivienda que les ha tocado en el sorteo por la imposibilidad de hacer frente a su pago¹¹⁶.

Respecto a la sentencia comentada por la compradora entrevistada (María Pilar, E.13), debe indicarse que dicha información se le transmitió en una de las reuniones de la Cooperativa cuando ya era socia, y no desde el principio; así que no puede decirse que la información que se le facilitó fuera precisamente la idónea, aunque sea simplemente por omisión. Sin embargo, cabe reseñar el hecho de que la mayoría de los compradores de vivienda entrevistados se consideran bien informados de las condiciones firmadas, si bien son muy pocos -únicamente dos (Rubén, E.9 y Jesús, E.12)-, los que afirman haberse leído el contrato, y el mismo número los que aseguran haber mirado en varias entidades financieras para comparar las condiciones (Roberto, E.11 y Jesús, E.12). Como dice uno de los entrevistados (David, E.7):

¹¹⁶CABRERIZO, Maite, *Ni la VPO se salva: el 25% de los adjudicatarios renuncia a las llaves*, en eleconomista.es, 8/12/2010. enlace web: <http://www.eleconomista.es/vivienda/noticias/2663810/12/10/Ni-la-VPO-se-salva-el-25-de-los-adjudicatarios-renuncia-a-las-llaves-.html>. Consultado el 08-06-12. Ahondando en esta cuestión y buscando por Internet, encontramos anuncios de inmobiliarias que hablan de la posibilidad de conseguir una Vivienda de Protección Oficial sin ningún tipo de sorteo, algo impensable hace sólo unos años; aunque también hay que reseñar que dicha publicidad tiene cierto truco. El principal problema es, para muchos compradores, la entrega de la cantidad inicial para la compra, aunque tampoco podemos olvidarnos las dificultades de las entidades financieras para la concesión de hipotecas. Respecto de la Sentencia comentada por los dirigentes de la cooperativa a sus clientes, ha resultado imposible conseguir información acerca de la misma.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

“el contrato es un tocho, quería leérmelo pero sólo llegué a la segunda página, y es difícil de entender”.

En el punto en que todos están de acuerdo es en el hecho de que la comprensión del contrato resulta compleja, independientemente del nivel de estudios que posean. Esto nos lleva a plantearnos si la información facilitada es, por tanto, correcta, y si no se está faltando al principio de buena fe por el redactor del contrato. Aunque es cierto que los dos que afirmaron leérselo por completo tenían carrera universitaria, los que lo intentaron y llegaron más lejos sin llegar a terminarlo tienen estudios de bachiller aprobados sin excesivo esfuerzo y los que menos lo intentaron terminaron la Educación Secundaria Obligatoria, en el mejor de los casos. Hay que destacar que, el mismo entrevistado que afirmaba llegar sólo a la segunda página en la primera lectura, afirmó que después de la entrevista se leería el contrato

“por curiosidad, porque quiero ver si algo de lo que me has dicho está puesto”.

Por su parte, muchos expertos en Derecho confirman la problemática de los contratos, que ni siquiera ellos mismos llegan a leerse en ocasiones, lo que corroboraban en AICAR-ADICAE (E.6) respecto a la mayoría de consumidores,

“no lo leen siquiera o, si lo intentan, al ver que no entienden nada desisten y es aquí donde tenemos que explicarles muchas cosas del contrato”.

Además de considerarse bien informados incluso no leyendo el contrato, los hay que aseguran que no realizaron pregunta alguna a ese respecto (Juan Luís, E.8 y Jorge, E.10), porque

“el banco no va a engañarme, somos clientes suyos -refiriéndose a su pareja y sus padres- desde hace mucho”.

De todos modos, quienes preguntaron sí que están satisfechos de cómo les resolvieron las dudas, aunque no consultaron una segunda opinión en ningún caso.

Uno de los problemas principales al que se enfrentan los consumidores es, al margen de la complejidad de las cláusulas contractuales, a saber cuándo éstas son abusivas y cuándo no. De los entrevistados, únicamente tres consiguieron dar una definición aproximada de las mismas (Rubén, E. 9; Roberto, E. 11, y Jesús, E. 12) -de nuevo, volvemos a los únicos que son universitarios, y al tercero con estudios superados sin mayores dificultades-, mientras que sólo dos habían acudido en alguna ocasión a alguna asociación de consumidores para informarse de alguna problemática surgida con algún producto¹¹⁷. Por supuesto, si los usuarios desconocen lo que implica una cláusula

¹¹⁷En ningún caso tenía nada que ver con cláusulas abusivas en la hipoteca, pero el hecho de que consideren la posibilidad de estar siendo engañados y se informen al respecto da una pequeña idea de quiénes parecen más propensos a defender sus derechos y estar preocupado por los mismos. No se quiere en este trabajo insinuar en

abusiva -y de ahí la importancia que se le ha dado a su explicación en este trabajo-, resulta imposible que se consideren perjudicados por alguna y que tengan pensado defender sus derechos, pues no los creen lesionados. Además, ante la pregunta de qué harían si se encontrasen frente a alguna cláusula abusiva en su contrato, la respuesta habitual era acudir a un abogado o una asociación de consumidores -aquí sí, lo más lógico, pues como hemos visto en las acciones de clase de este trabajo, es el procedimiento más habitual para solventar este tipo de problemas-.

Respecto a dos de las cláusulas que mayor polémica han levantado en las hipotecas y que son parte de este trabajo, como son la cláusula suelo y la SWAP, los resultados han sido diversos. La cláusula suelo es más conocida, casi por la totalidad de los entrevistados, mientras que apenas tres sabían de la existencia de la cláusula techo y no tenían claro qué era, aunque lo intuían por ir vinculada a la suelo (Juan Luís, E.8; Roberto, E.11, y Jesús, E.12). El hecho de que sea la cláusula más mediática de los últimos tiempos ha posibilitado también un mayor conocimiento de la misma; de hecho, uno de los entrevistados (Jorge, E.10) se informó de la misma a raíz de las noticias que surgían en los telediarios a este respecto. La cláusula SWAP, por su parte, es más desconocida, y ninguno de los entrevistados sabía a qué se refiere exactamente, pero uno sí identificó (Juan Luís, E.8) -en la información posterior, cuando se le explicó en qué consistía- una oferta de producto similar que le hizo el banco del que es cliente.

Otra de las medidas que se han defendido en algunos momentos, y que siguen en la palestra por algunos sectores, es la dación en pago, tratada en su marco legal y situación actual en otra sección de este mismo trabajo. Desde AICAR-ADICAE (E.6), la opinión personal de quien respondió a la misma es pesimista. Asegura que, al menos en los términos planteados, resulta de imposible realización, puesto que crearía una inseguridad jurídica potencialmente muy peligrosa. Por su parte, un juez de la Audiencia Provincial de Navarra aceptó en 2010 dicha dación en pago, amparándose en el artículo 3 del Código Civil¹¹⁸, contra el Banco Santander. Dicha entidad

ningún momento que el hecho de disponer de mayores estudios implique mayor inteligencia o capacidad, pero sí parece poder detectarse mayor interés y preocupación por saber si algo es válido o no.

118Art. 3 CC: “1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita”. Es decir, el argumento que utilizaba el juez para tomar dicha decisión en la sentencia, era el hecho de que no era la misma situación del mercado inmobiliario cuando se firmó el contrato o aprobó la Ley Hipotecaria, que en el momento actual, y que por tanto debía de ofrecerse una solución distinta a la exactamente seguida por la norma jurídica.

Fue la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra la que aceptó dicha posibilidad de la dación en pago,

financiera optó, ante los problemas que podía causarle la ratificación de dicha sentencia, por ir contra la misma por una doble vía; con un recurso de nulidad y acudiendo además al Tribunal Supremo. También en materia de tribunales, un juez de Sabadell planteó una cuestión de inconstitucionalidad a finales de 2011 contra el artículo 105 de la Ley Hipotecaria¹¹⁹. Dicha cuestión fue desestimada mediante auto desestimatorio por infundada, aunque con un voto particular en contra de esta decisión¹²⁰.

A todo esto, debemos añadir que la dación en pago continúa como una de las medidas exigidas por los ciudadanos, aunque parece todavía lejana y sería una medida que, de aplicarse, no sería ni mucho menos la única de tales características, pues ya existe en países de la envergadura de Estados Unidos¹²¹. La única mejora contemplada tras la llegada de esta crisis es el hecho de que, ahora, las entidades financieras aceptan entrar a negociar la tasación de la vivienda, ante la perspectiva de que el comprador no pueda pagarla y termine quedando dicho piso bajo su propiedad, lo que ahora mismo no les beneficia en absoluto. Dicha posibilidad de negociación, que ha existido siempre pero es ahora cuando las entidades bancarias empiezan a contemplarla como una opción viable -y de la que antes ni informaban, como asegura la profesora Ordovás-, está amparada en virtud del artículo 140 de la Ley Hipotecaria¹²².

Si nos ceñimos a lo esgrimido por los entrevistados, comprobamos que hay opiniones para todos los gustos. Mientras unos defienden que lo firmado hay que respetarlo, y que jamás se habrían

mediante Auto nº 111/2010.

119Art. 105 Ley Hipotecaria: “La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil”.

120Como bien señala la profesora Ordovás, son los jueces de los tribunales de las primeras instancias los más valientes a la hora de aplicar la legislación, mientras que los órganos superiores son quienes se muestran más conservadores. La excepción la podemos encontrar en la referenciada sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, motivo por el cual le *metió el miedo en el cuerpo* al Banco Santander.

121En Estados Unidos, país referente del consumismo mundial, se entiende saldada la deuda de compra de la casa con la entrega de la misma. Es lo que denominan *efecto sonajero*, en un juego de palabras referido al tintineo de las llaves al entregárselas al dueño de la hipoteca. Mientras, en España, la cuestión es que es el banco quien tasa la vivienda, y a la hora de proceder al desahucio descuentan a los propietarios lo pagado en la hipoteca y el valor conseguido en la subasta pública. De este modo, si queda un cincuenta por ciento sin pagar tras estas operaciones, el desahuciado deberá dicha cantidad a la entidad financiera. El periódico *The Financial Times* catalogó esta situación, en un reportaje que hizo respecto a la situación en España, de *cadena perpetua*.

122Art. 140 Ley Hipotecaria: “No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121”

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

metido en una hipoteca de no ser capaces de pagarla (David, E.7 y Jorge, E.10), otros sí hablan de la injusticia del sistema actual que permite que las entidades financieras se lucren a costa de los clientes (Juan Luis, E. 8; Roberto, E.11, y Jesús, E.12). Incluso, hay quien afirma que una de las razones de comprarse un piso de segunda mano y barato obedece al hecho de garantizarse más o menos la posibilidad de pagarlo sin excesivos problemas y poder así evitar el obligar a sus padres a responder por él (Rubén, E. 9).

En definitiva, podemos observar que, si bien se ha entrevistado a compradores de vivienda de distintos perfiles, todos se consideran en principio satisfechos del contrato de hipoteca que tienen y no creen que contenga ninguna cláusula abusiva. Algunos lo han comprobado, leyéndose el contrato, y otros confían en la entidad financiera con quien suscribieron su crédito y dicen no haber tenido problemas hasta la fecha. Así, si bien ellos se consideran satisfechos y bien informados respecto a la hipoteca firmada, las dudas les asaltaban al responder a la entrevista y todos ellos parecían perder cierta convicción. A título particular, las impresiones recabadas no han sido precisamente la de usuarios informados a la perfección, -pocos preguntaron, pocos leyeron el contrato, la letra pequeña les resulta ilegible...-, con lo cual la opinión formada respecto a sus impresiones dista mucho de ser compartida.

Es algo que contrasta con la opinión de los expertos. Mientras que desde el Servicio de Control de Mercado de la Dirección General de Consumo de Aragón (E. 3) se dice que sí existen cláusulas contractuales abusivas en las hipotecas con relativa cierta frecuencia, también añaden que algunas de ellas -la mayoría-, se solventan hablando con tales entidades y que en ocasiones se debe a que se dejan casi por tradición sin una revisión en profundidad. Pero hay opiniones más enconadas, como la de los miembros de AICAR-ADICAE, que no tienen tanta confianza en la buena fe de los responsables bancarios; como ejemplo, baste reseñar que las cláusulas SWAP aparecieron en el preciso momento en que las cláusulas suelo empezaban a representar un peligro para las entidades financieras y buscaban un producto *para cubrirse las espaldas*, como parece poder inferirse del sistema de actuación y el momento que eligieron para sacar al mercado dicho producto.

IV. Conclusiones.

Dentro del planteamiento general de este modesto trabajo, se ha realizado en primer lugar una aproximación al concepto de cláusula abusiva, algo que resulta fundamental para que los distintos consumidores y usuarios sean conscientes de cuándo se están lesionando sus derechos o no. Como ya se ha visto, es una práctica más común de lo que parece, y no siempre conlleva un grave perjuicio económico, sino simplemente una ventaja para quien tiene la posición de fuerza que, simplemente, no debería darse. Podemos básicamente hablar de la abusividad de una cláusula cuando ésta no ha sido negociada, cuando su incorporación es contraria a la buena fe y cuando ocasiona una clara ventaja para una de las partes, que será siempre en estos casos la responsable de la redacción del contrato o la que se encuentre en la posición de mayor fuerza.

Posteriormente, se ha procedido a delimitar cuáles son los mayores problemas, dentro de la temática que nos ocupa, en dos sectores que pasan por ser de los más complejos en esta materia; el inmobiliario y el financiero. Tras un breve análisis de ello, y tal y como sucedió a la hora de desarrollar este trabajo, queda plena constancia de que el nexo común entre ambos sectores son las hipotecas, uno de los campos más problemáticos en la actualidad, y que además goza de plena vigencia debido a la situación actual de miles de familias. En esa segunda parte del trabajo se ha procedido a explicar cuáles son las cláusulas de las hipotecas que mayores dificultades y dudas presentan en la práctica. Si bien todas las expuestas son, o han sido en su momento, sospechosas de ser lesivas para los derechos de los consumidores y usuarios, no todas han resultado declaradas como tales. La práctica jurídica se ha mostrado en múltiples ocasiones, como también se ha reflejado, dubitativa con las mismas, puesto que en un primer momento se podía considerar que una cláusula era abusiva o no y, posteriormente en la instancia superior, tomar una decisión radicalmente distinta a la conocida con anterioridad. Aquí se pretende reflejar, sin intención de mostrar un catálogo cerrado ni exhaustivo, una muestra de la situación actual.

Con la realización de la tercera y última parte de este trabajo se ha buscado conocer la opinión de expertos y consumidores respecto a este tipo de cláusulas, y conocer la experiencia de los últimos a la hora de firmar su hipoteca. Saber sus inquietudes, dudas e información de que dispusieron constituye un elemento clave y de vital importancia para poder considerar si se están realizando prácticas adecuadas en este sector económico o si, por el contrario, se están lesionando los derechos de los compradores. Las marcadas diferencias de criterios observadas según el puesto que se ocupe a la hora de la entrevista (consumidor, experto en la materia, sector doctrinal o responsable de entidad financiera), ha dejado claro que un acuerdo total en dicha práctica está muy

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

lejos de ser algo posible a corto y medio plazo -e incluso, probablemente, a largo plazo-. Si bien el material e información obtenidos con la realización de las entrevistas ha sido amplio, aquí sólo se ha podido recoger por razones de espacio una pequeña muestra de los elementos más característicos y concretos del tema tratado.

Se ha optado por esto precisamente porque nos encontramos ante una práctica muy precaria actualmente; el punto de vista de los compradores de vivienda. Y es que, mientras los expertos en materia de defensa de consumidores tratan con ellos únicamente cuando ya han tenido un problema concreto, lo que aquí se ha realizado es una investigación *ex-ante*, anterior a que haya habido ningún tipo de problema. Así, se ha conseguido establecer un cierto baremo de cuáles son las preocupaciones más importantes de los compradores y cómo creen ellos que son tratados cuando están próximos a firmar la hipoteca de su vivienda. En definitiva, se ha considerado un punto de vista que no parecía ser excesivamente tenido en cuenta, pues nadie parecía haberse parado a considerar el hecho de que un consumidor necesita estar bien informado para conocer cuándo están abusando de sus derechos, y siempre será más fácil que éste obtenga defensa antes de que llegue el problema -puede bastar no firmar dicha hipoteca o cualquier contrato y renegociar las condiciones-, que cuando ya se ha producido el acto lesivo. Como elemento adicional, la práctica de las entrevistas ha servido no sólo para conocer las inquietudes de los compradores de vivienda que han colaborado con su atención y respuestas a la elaboración de este trabajo, sino también para informarles de cuáles son los problemas y *trampas* que sus contratos de hipoteca pueden esconder.

Con todo lo esgrimido anteriormente, podemos terminar hablando de las principales aportaciones de este trabajo a la materia tratada en el mismo.

Las cláusulas contractuales abusivas pueden darse en cualquier campo de la contratación, desde el sencillo acto de comprar una prenda de ropa, hasta la adquisición de una vivienda. Nadie está a salvo de las mismas, aunque la sociedad en general tiene la sensación de que dichas cláusulas son una minoría y no afectan realmente. El principal problema, a la hora de detectarlas, es el hecho de que en muchas ocasiones se asemeja algo abusivo con una gran pérdida económica, cuando no es así. Por tanto, los usuarios suelen *traducir* estos abusos como algo puntual fruto de un mal comerciante o una casualidad, y por lo que no merece la pena discutir o entrar en un pleito.

La nulidad de las cláusulas contractuales abusivas sólo puede ser solicitada por la parte que

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

se encuentra en desventaja, es decir, por el consumidor, que es quien carece de la capacidad de negociación de igual a igual. Dado que es el vendedor quien ostenta la posición de mayor fuerza, y quien redacta las diversas cláusulas del contrato que vinculará a las partes, se entiende que éste no puede solicitar la nulidad de tales cláusulas para evitar el fraude. Por su parte, el juez puede pronunciarse sobre la nulidad de dichas cláusulas abusivas sin que el demandante lo haya solicitado.

La legislación española en la materia dista de ser perfecta y clara, pero al menos ofrece la protección suficiente a los consumidores y usuarios como para poder decir que sus derechos están garantizados. Fue una lección duramente aprendida en los años ochenta, y es cierto que se ha trabajado bien desde el punto de vista del control y la prevención en las políticas de protección a consumidores, pero hay que añadir que falta concienciación a los mismos para que sepan cuándo se están enfrentando a una situación en la que sus derechos son gravemente incumplidos. Dentro de la problemática de las cláusulas contractuales abusivas, el sector inmobiliario y el de las entidades financieras son de los que mayor número de las mismas contienen. Ello conlleva un resultado final claro; el contrato que relaciona más profusamente ambos sectores, el de los préstamos con garantía hipotecaria, termina ofreciendo un importante número de problemas de este tipo.

A pesar de todo lo anterior, los compradores de vivienda consideran que están correctamente informados de las condiciones de sus contratos y que todo está en regla, aunque es cierto que la mayoría de ellos tildan de buena información algo que bien podría definirse como una tímida aproximación a las cláusulas contractuales de sus hipotecas.

Mientras que algunas cláusulas han obtenido popularidad por los medios de comunicación y son conocidas por casi todos los consumidores en la actualidad, - caso de la cláusula suelo -, otras permanecen sin demasiada notoriedad, - como son las cláusulas SWAP -. En el futuro, la impresión es que la complejidad del sector implicará una revisión de la solicitada dación en pago que, si bien no podrá muy probablemente ser del tipo que exigen los consumidores y movimientos sociales, tampoco permanecerá imposible con las características actuales del sector, donde el hecho de perder una vivienda y mantener gran parte de la deuda supone un grave problema para muchas personas.

V. Referencias bibliográficas.

- Alfaro Águila-Real, Jesús (1998): “Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales”. Curso: *El nuevo derecho de las condiciones generales de la contratación*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial.
- Alfaro Águila-Real, Jesús et al. coords. (2002): *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*. Madrid, Civitas.
- Alfaro Águila-Real, Jesús (2010): “El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas”, en Salelles Climent, J. et al. coords., *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*. Barcelona, Tirant lo Blanch, pp. 219-240.
- Ayuntamiento de Zaragoza, (2005): [guía] *del consumidor*. Zaragoza. Ayuntamiento de Zaragoza, Área de Educación y Acción Social, Servicio de Consumo, Oficina de Información al Consumidor.
- Badenas Carpio, Juan Manuel (1999): “Disposiciones generales”, en Bercovitz, R. y Álvarez, M., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 111-128.
- Blandino Garrido, M^a Amalia (2003): *La ineficacia de los contratos celebrados con los consumidores: la nulidad de las cláusulas abusivas*. Tesis doctoral bajo la dirección del Dr. Rivera Fernández, Manuel. Cádiz, Universidad de Cádiz.
- Calvo González-Vallinas, Rafael (2006): *Las cláusulas de la hipoteca*. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad.
- Cañizares Sales, Ricardo (2007): “La seguridad en el comercio electrónico”. *Revista A+*, número 7, febrero 2007, p. 90-91.
- Carrasco Perera, Ángel y Mendoza Losana, Ana I. (2002): “El carácter abusivo de la fórmula “hora o fracción” en los contratos de aparcamiento”. Centro de Estudios de Consumo. *Ulc.m.es* (Mayo 2012). Consultado el 19-04-12.
- CECU, Área Jurídica (2011): “Qué hacer ante las cláusulas suelo”. Confederación (de ámbito estatal) de Consumidores y Usuarios. Consultado el 20-04-12.
- Chuliá, Vicent (2004): “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 13, pp. 49-84.
- Contijoch Pratdesaba, Ramón (1996); *La compraventa de inmuebles, problemas y soluciones*. Barcelona, Planeta.
- Consejo Económico y Social de Aragón (2011): *Informe sobre la situación económica y social de Aragón; panorama económico 2010*. Zaragoza, Consejo Económico y Social de Aragón.
- Dannoritzer, Cosima. (2011): *Obsolescencia programa: comprar, tirar, comprar*. Documental producido por Article Z y Media 3.14.
- Del Estal Sastre, Ricardo (2003): “Estudio sobre la posible abusividad de determinadas cláusulas de limitación de responsabilidad en los contratos celebrados por los consumidores con establecimientos prestadores del servicio de revelado fotográfico”. Centro de Estudios de Consumo. *Ulc.m.es* (Mayo 2003). Consultado el 11-04-12.
- De Torres Perea, José Manuel (2006): “Cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda”, en Cañizares Laso, A., *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Tecnos, Madrid, 2006, pp. 233 – 241.
- Diéguez Oliva, Rocío (2006): “La reserva por parte del predisponente de facultades de modificación unilateral del contrato”, en Cañizares Laso, A., *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Tecnos, Madrid, pp. 105-106.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (2002): “Comentarios al artículo 2”, en Menéndez, A. y Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, Civitas, Madrid, pp. 142-144.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

- Durany Pich, Salvador (2002): “*Los requisitos de inclusión en los contratos orales (art. 5.3): el supuesto de hecho: la no obligatoriedad de formalización por escrito y la entrega del resguardo*”, en Menéndez, A. y Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, pp. 292-294.
- Fabra Valle, Germán (1999a): *Manual práctico de contratos civiles*. Madrid, Edisofer S.L.
- Fabra Valle, Germán (1999b): *Manual práctico de contratos mercantiles*. Madrid, Edisofer S.L.
- Ferrer Riba, Josep (2002): “*La contradicción entre condiciones generales y particulares*”, en Menéndez, A. y Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, pp. 364-378.
- Garrigues, J. (1957): “*La operación bancaria y el contrato bancario*”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 66, p. 249.
- Gómez Valencia, Neus (2011): “*Los jueces piden una reforma de la Ley Hipotecaria para que la casa salde la deuda*”, en *Levante-emv.com*. Consultado el 23-05-12.
- González Carrasco, M^a del Carmen (2002): “*Contrato de aparcamiento de vehículos: informe sobre el carácter abusivo de la cláusula que impone al usuario el pago del día completo en caso de pérdida de ticket*”. Centro de Estudios de Consumo. *Ulc.m.es* (Enero 2010). Consultado el 11-04-12.
- Instituto Nacional del Consumo (2010): *Balance de Consultas y Reclamaciones presentadas en las Organizaciones de Consumidores de ámbito nacional: 2009*. Madrid, Ministerio de Sanidad y Política Social.
- Instituto Nacional de Consumo (2011): “*Informe sobre la posible calificación como cláusulas abusivas de determinadas cláusulas utilizadas en la actividad comercial de alquiler de vehículos*”. *Comisión de Cooperación de Consumo, consultas 2011*, consulta número 11. Madrid, Ministerio de Sanidad y Política Social.
- Lasarte Álvarez, Carlos (2010): *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4^a edición. Madrid, Dykinson.
- Lacruz Berdejo, José Luis et al. coords. (2003): *Derecho de obligaciones; parte general, teoría general del contrato*, Vol. I, 3^a edición. Madrid, Dykinson.
- Luque Jiménez, María del Carmen (2006): “*La cláusula reguladora del plazo de entrega de la vivienda*”, en Cañizares Laso, A., *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Tecnos, Madrid, 2006, pp. 146 – 151.
- Lyczkowska, Karolina (2010): “*Ticket de devolución no canjeable en rebajas*”. Centro de Estudios de Consumo. *Ulc.m.es* (Diciembre 2010). Consultado el 13-04-12.
- Lyczkowska, Karolina (2012): “*Documentos admitidos a efectos de la identificación del pasajero de avión*”. Centro de Estudios de Consumo. *Ulc.m.es* (Febrero 2012). Consultado el 11-04-12.
- Marco Cos, José Manuel (2003): “*Seguro contra robo y exclusión de hurto; una cláusula (y una práctica) abusiva*”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, número 592, pp. 1-5.
- Matínez Espín, Pascual (2012): “*Es abusiva la cláusula que impone al consumidor en todo caso los gastos del préstamo hipotecario*”. Centro de Estudios de Consumo. *Ulc.m.es* (Febrero 2012). Consultado el 17-05-12.
- Martínez de Salazar Bascuñana, Lucio (2002): *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*. Cádiz, EDICIP.
- Oleo Banet, Fernando (2002): “*Comentarios al artículo 4*”; en Menéndez, A. y Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, pp. 230-234.
- Ortí, Alfonso (1995): “*La apertura y el enfoque cualitativo o estructural: la entrevista abierta semidirectiva y la discusión de grupo*” en Delgado J.M. y Gutiérrez, J., *Métodos y Técnicas Cualitativas de Investigación en Ciencias Sociales*. Madrid, Síntesis, pp. 87-99.
- Pardo Gato, José Ricardo (2004): *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*. Madrid,

Dijusa.

- Pertíñez Vilchez, Francisco (2003): *El deber de la transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales predispuestas: las cláusulas formalmente abusivas*. Tesis doctoral bajo la dirección del Dr. Galgano, Franceso, y Dr. Pasquau Liaño, Miguel. Bolonia, Real Colegio de España.
- Reyes López, María José (2009): *Manual de Derecho Privado de Consumo*. Las Rozas (Madrid), La Ley.
- Salido Cobo, Jorge y De Rojas, Cristina (2011): “*Cara a cara con el notario*”. *Elmundo.es* (05/09/2011). Consultado el 14-05-2012.
- Salido Cobo, Jorge (2012): “*Conseguir una hipoteca: las claves para obrar el milagro*”. *Elmundo.es* (29/03/2012). Consultado el 14-05-2012.
- Sanz, E. (2011): “*¿Son realmente abusivas las cláusulas suelo? El Tribunal Supremo tiene la última palabra*”. *Elconfidencial.com* (13/09/2011). Consultado el 17-05-2012.
- Serra Rodríguez, Adela (1996): *Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*. Pamplona, Aranzadi.

Anexo I. Metodología y entrevistas realizadas.

Para contrastar la regulación y la praxis jurídica con la realidad de las prácticas sociales en este campo, se ha procedido a realizar una modesta investigación exploratoria a partir de fuentes documentales y entrevistas semiestructuradas. En el diseño de la investigación estaba planteado inicialmente un modelo en el que se preveía realizar ocho entrevistas, pero posteriormente y a la vista de las necesidades de información que habían emergido al realizar dichas entrevistas se procedió a ampliar este número con cinco más. El aumentar el número inicial terminó por proporcionar un número importante de datos a considerar, cuyo estudio en profundidad se ha tornado imposible dado el limitado espacio disponible en este trabajo.

La muestra responde a un diseño teórico y se ha pensado para contar con distintos puntos de vista (el de los propios consumidores, el de las entidades financieras, el de la doctrina y el de los profesionales que velan por los intereses de los consumidores). Como consecuencia, se han realizado trece entrevistas que se relacionan a continuación en este mismo anexo.

El hecho de contar con los diversos puntos de vista resulta fundamental a la hora de abordar con rigor y seriedad la labor pretendida en este trabajo, pues no pueden pasarse por alto las opiniones de ningún grupo de los afectados por el tema tratado. Los profesionales del sector financiero constituyen una pieza clave para entender los mecanismos y razones que llevan a los bancos a pedir lo que exigen y permiten establecer el contrapunto idóneo con otro marco mucho más teórico como es el doctrinal, y que habitualmente argumenta opiniones de carácter casi opuesto a lo que defienden los otros.

En un término medio podemos encontrar tanto a los profesionales dedicados a garantizar a los consumidores la licitud de sus contratos y el hecho de no tener que soportar cargas que no les corresponden, como a los propios consumidores, que son a fin de cuentas los protagonistas de este trabajo. La opinión de los primeros sirve para hacernos una idea de cómo están las cosas y conocer cuáles son los problemas más habituales en la materia investigada. Por su parte, conocer la opinión de los propios usuarios es el punto clave de este estudio, pues son ellos quienes viven en primera persona los problemas derivados de sufrir cláusulas de carácter abusivo en sus contratos e hipotecas, siendo por tanto su opinión algo básico para poder con posterioridad entrar a conocer los grandes problemas del tema tratado. Saber y conocer su opinión se ha tornado el punto vital de la investigación metodológica, puesto que uno de los objetivos consistía en conocer si un usuario está correctamente informado de cuáles son las cláusulas y condiciones que firma a la hora de formalizar

su hipoteca¹²³.

Por supuesto, también hay que ser consciente de que no existe un único perfil de comprador de vivienda, algo que ha sido considerado a la hora de realizar la muestra. Así, se ha procedido a entrevistar a varios compradores, de un perfil algo distinto cada uno de ellos. Se ha buscado cubrir tanto el mercado de viviendas adquiridas libres como de Viviendas de Protección Oficial. Encontramos, además, a quien adquirió su piso antes del comienzo de la crisis, y quien lo ha hecho después; y tanto quien va totalmente por libre y sin ningún tipo de ayuda a la hora de comprar, como quien tiene cierta subvención en la adquisición¹²⁴. La fecha de compra de las respectivas viviendas se ha producido en la última época en la gran mayoría de los casos¹²⁵. Además de todo esto, otro dato de interés al respecto de los entrevistados es su nivel de estudios que, como veremos después, nos permite deslindarlos en cuanto al nivel de información solicitada y conseguida.

A la hora de plantear la posibilidad de realizar las entrevistas a cada sector, hay que destacar que fueron los profesionales del sector financiero los que pusieron mayores problemas, solicitando bien no ser nombrados ni grabados, o bien amparándose en la necesidad de obtener permisos desde la Central de sus entidades para no poder decir nada al respecto. Mientras, el resto aceptaron colaborar en la investigación prácticamente sin ningún tipo de problema. También hay que reseñar que el hecho de decir a las personas que se quería entrevistar la pertenecía a un Máster Oficial de la Universidad servía para que todos se convenciesen -los más reacios, otros no pusieron problema alguno en ningún momento- de colaborar, siempre los había más *convencidos* que otros.

A continuación, se presentan las fichas de las diversas entrevistas realizadas en este trabajo.

Entrevista:	E.1	Fecha:	04-06-2012	Hora:	10:35h
Entrevistado:	Solicita anonimato		Lugar trabajo: Zaragoza		
Cargo: Compradora de dos viviendas a lo largo de su vida, con el mercado inmobiliario en distintos puntos de desarrollo en cada una de ellas.					

123Dentro de la brevedad del análisis realizado de la información extraída de las distintas entrevistas, por la evidente falta de espacio, quiere dejarse constancia que muchos datos han tenido que quedarse en el tintero pero pueden resultar muy útiles para posibles trabajos posteriores de esta temática, como podría ser en su momento una posible tesis doctoral.

124Para más información acerca de los entrevistados y su perfil, consultar las fichas de entrevistas realizadas, disponibles en este mismo anexo.

125De hecho, únicamente uno de los entrevistados, -el número 1, que prefiere el anonimato- adquirió su vivienda con anterioridad al año 2008, que es donde se puede cifrar el inicio de la actual crisis económica que estamos viviendo.

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

Entrevista:	E.2	Fecha:	30-05-2012	Hora:	13:05h.
Entrevistado:	María José González Ordovás		Lugar trabajo: Zaragoza		
Cargo:	Profesora de Políticas y Estrategias Urbanas, asignatura perteneciente al Máster de Sociología de las Políticas Públicas y Sociales.				

Entrevista:	E.3	Fecha:	10-05-2012	Hora:	09:45h
Entrevistado:	Ignacio Zarazaga		Lugar trabajo: Zaragoza		
Cargo:	Jefe del Servicio de Control de Mercado de la Dirección General de Consumo.				

Entrevista:	E.4	Fecha:	02-05-2012	Hora:	12:41h
Entrevistado:	Empleado entidad financiera .		Lugar trabajo: Zaragoza		
Cargo:	Director de sucursal. Pide el anonimato porque no se le permite hablar en nombre propio de su entidad si no es solicitando permiso específico a la misma.				

Entrevista:	E.5	Fecha:	03-05-2012	Hora:	9:35h
Entrevistado:	Empleado entidad financiera.		Lugar trabajo: Zaragoza		
Cargo:	Director de sucursal. Solicita el anonimato y aclara que la opinión expresada en la entrevista es la suya propia, no representando a la entidad financiera para la que trabaja, pues de lo contrario debería pedir permiso a la Entidad.				

Entrevista:	E.6	Fecha:	02-05-2012	Hora:	10:33h
Entrevistado:	Empleada AICAR-ADICAE.		Lugar trabajo: Zaragoza		
Cargo:	Responsable de la Plataforma Hipotecaria de AICAR-ADICAE en Zaragoza.				

Entrevista:	E.7	Fecha:	12-05-2012	Hora:	19:21h
Entrevistado:	David Gómez Cuen.		Profesión: Mozo de almacén.		
Comprador de vivienda libre de segunda mano en 2011.					

Entrevista:	E.8	Fecha:	12-05-2012	Hora:	19:47h
Entrevistado:	Juan Luís Torres Navas.		Profesión: Cuidador personas mayores.		
Comprador de vivienda libre de segunda mano en 2011; subvencionado por ayuda del servicio Toc-Toc.					

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

Entrevista:	E.9	Fecha:	18-05-2012	Hora:	19:27h
Entrevistado:	Rubén Corral Jordá.		Profesión: Ingeniero informático.		
Comprador de vivienda libre de segunda mano en 2011; subvencionado por ayuda Hipoteca Joven.					

Entrevista:	E.10	Fecha:	01-06-2012	Hora:	18:15h
Entrevistado:	Jorge Ortíz Planas.		Profesión: Mecánico.		
Comprador de Vivienda de Protección Oficial en Valdespartera en septiembre de 2008.					

Entrevista:	E.11	Fecha:	01-06-2012	Hora:	19:26h
Entrevistado:	Roberto Padillo.		Profesión: Mecánico.		
Comprador de vivienda libre nueva en 2012.					

Entrevista:	E.12	Fecha:	31-05-2012	Hora:	18:35h
Entrevistado:	Jesús Arnas Íñigo.		Profesión: Ingeniero informático.		
Comprador de vivienda libre de segunda mano en 2012					

Entrevista:	E.13	Fecha:	06-06-2012	Hora:	18:25h
Entrevistado:	María Pilar Tenas Alós.		Profesión: Teleoperadora.		
Comprador de vivienda nueva mediante cooperativa en 2011.					

Anexo II. Siglas utilizadas.

Las siglas utilizadas en el texto de este trabajo son las siguientes:

Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de Aragón	AUSBANC
Asociación de Usuarios de Servicios Financieros	ICOFIN
Asociación Española para la Investigación y el Control Financieros	AICAR-ADICAE
Centro de Estudios de Consumo	CESCO
Confederación de Consumidores y Usuarios	CECU
European Federation of National Organizations working with the Homeless	FEANTSA
Instituto de Crédito Oficial	ICO
Instituto Nacional de Estadística	INE
Ley de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón	LPDCUA
Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios	LGDCU
Organización de Consumidores y Usuarios	OCU
Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico	OCDE
Sentencia de Audiencia Provincial	SAP
Sentencia del Tribunal Supremo	STS
Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.	TrLGDCU
Vivienda de Protección Oficial	VPO

Protección de los consumidores respecto a las cláusulas abusivas en las hipotecas

Resumen.

Las cláusulas abusivas afectan a todo el mundo, y están presentes en la mayoría de las actividades diarias. En este trabajo se explica lo que son y se demuestra que cualquier persona puede ser víctima de ellas.

Dos de los sectores más problemáticos son los de la vivienda y las entidades financieras y, por ello, el punto en común que tienen ambas; las hipotecas. En el momento actual, con la crisis económica, la hipoteca se ha convertido en una pesadilla para muchas familias. Aquí se recogen las principales cláusulas que pueden existir en los contratos, explicando si son abusivas o no y viendo cuáles han sido las decisiones judiciales.

Además, se ha hablado con expertos en la materia y compradores para ver cuáles son los problemas y retos del sector y ver si coinciden las opiniones de los unos y los otros. Todo ello nos da una panorámica actual de cómo se encuentra la situación hoy día.

Unfair affect everyone, and they are present in most daily activities. This paper explains what they are and shows that anyone can be victim to them.

Two of the most problematic are the housing and financial institutions and, therefore, the common point with both; the mortgages. At present, the economic crisis, the mortgage has become a nightmare for many families. In this paper, we present the main clauses in contracts may exist, explaining if they are abusive or not and see what were the judgments.

It has also talked to experts and buyers to see what problems and challenges for the sector and see if they match the views of some and the others. This gives us a current overview of how is the situation today.

Palabras clave:

Protección consumidores
Cláusula abusiva
Compradores vivienda
Hipotecas
Vivienda
Cláusula suelo
SWAP
Dación en pago

Clasificación JEL: K-12